

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**GABRIEL FELIPE MARTINS**

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS SOCIAIS COMO DESESTÍMULO**  
**AO USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA: um estudo à luz da Análise Econômica do**  
**Direito**

Florianópolis

2018

**GABRIEL FELIPE MARTINS**

**A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS SOCIAIS COMO DESESTÍMULO  
AO USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA: um estudo à luz da Análise Econômica do  
Direito**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido  
à banca examinadora da Universidade  
Federal de Santa Catarina – UFSC, como  
requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves  
Gonçalves

Florianópolis

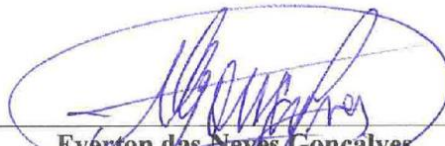
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A responsabilização civil por danos sociais como desestímulo ao uso predatório da justiça: um estudo à luz da Análise Econômica do Direito**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Gabriel Felipe Martins**”, defendido em **18/06/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 ( dez ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 18 de junho de 2018



---

**Everton das Neves Gonçalves**  
Professor Orientador



---

**Marco Aurélio Souza da Silva**  
Membro da Banca



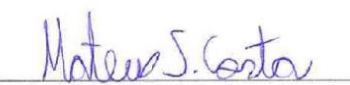
---

**Lizandro Fin Nishi**  
Membro da Banca



---

**Reinaldo Denis Viana Barbosa**  
Membro da Banca



---

**Mateus Stallivieri da Costa**  
Membro da Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Gabriel Felipe Martins

Matrícula: 15101315

Título do TCC: A responsabilização civil por danos sociais como desestímulo  
ao uso predatório da justiça: um estudo à luz da Análise Econômica do Direito

Orientador(a): Everton das Neves Gonçalves

Eu, **Gabriel Felipe Martins**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo,  
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico  
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 18 de junho de 2018.

*Gabriel Felipe Martins*

**GABRIEL FELIPE MARTINS**

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, por me proporcionar o suporte e a segurança necessários para a busca e conquista das minhas aspirações enquanto indivíduo.

Ao meu pai, que, muito prestativo e cuidadoso, sempre esteve à disposição para me ajudar a superar as dificuldades com as quais eu me deparei.

À minha irmã, que, com sua sensibilidade excepcional, me deu apoio emocional e fez com que eu me sentisse em casa mesmo morando distante.

Aos meus queridos amigos João Ricardo e Ronaldo, por todas as conversas e momentos especiais que compartilhamos.

Aos meus colegas do CCJ, que me garantiram momentos de leveza e descontração quando a graduação se mostrava fatigante.

Ao meu orientador, professor Everton das Neves Gonçalves, pelos preciosos ensinamentos transmitidos na elaboração do presente trabalho.

Por fim, a todos os professores que contribuíram para a minha formação acadêmica e para o meu crescimento pessoal.

## RESUMO

O presente trabalho debruça-se sobre o uso predatório da justiça: denominação atribuída ao fenômeno de instrumentalização do Poder Judiciário, por parte de grandes conglomerados econômicos, para violar garantias jurídicas reconhecidas aos consumidores e, com isso, potencializar a obtenção de lucros. Além de discorrer sobre as características, causas e consequências do uso predatório da justiça, esta pesquisa intenta, a partir dos postulados da Análise Econômica do Direito e do Pragmatismo Jurídico de Richard Posner, apresentar uma alternativa para o enfrentamento do aludido fenômeno, a saber, a responsabilização civil por danos sociais. Para tanto, adotou-se o método de abordagem dedutivo e, como técnicas de pesquisa, a análise bibliográfica, documental, estatística e jurisprudencial. No primeiro Capítulo, apresentou-se o marco teórico da pesquisa, demonstrando-se que a abordagem interdisciplinar entre Direito e Economia pode contribuir para a construção de decisões judiciais mais sólidas em relação ao contexto socioeconômico em que estão inseridas. No segundo Capítulo, procedeu-se à conceituação e delimitação da problemática do uso predatório da justiça. Trata-se de fenômeno verificável em razão da representatividade do volume de ações judiciais relacionadas ao Direito do Consumidor, da similitude das questões fáticas e jurídicas destas demandas, da reiterada figuração de grandes corporações no polo passivo destes processos e da adoção de uma atitude protelatória por parte dos grandes conglomerados econômicos. Foram identificadas como principais causas do aludido fenômeno o "dano eficiente" – situações nas quais os lucros obtidos com a conduta lesiva perpetrada pelas grandes corporações em face dos consumidores superam os gastos esperados com indenizações – e as vantagens obtidas com a litigância habitual. Entre as consequências deletérias do referido fenômeno, destacam-se o congestionamento do Poder Judiciário, a morosidade processual, a elevação do custo operacional da atividade jurisdicional e a precarização das decisões judiciais. Por fim, no terceiro Capítulo, realizou-se, através da análise econômica da responsabilidade civil, um diagnóstico sobre a forma como as indenizações têm sido aplicadas nas demandas predatórias e se estas condenações têm cumprido o seu papel de desincentivo a condutas antissociais. Restou verificado que as espécies de danos tradicionalmente reconhecidas – dano material e dano moral – não contemplam, em sua totalidade, os prejuízos provocados pelo uso predatório da justiça, porque deixam de considerar os danos suportados pela coletividade, de modo que as indenizações judiciais tornam-se ínfimas perto dos lucros obtidos pelas grandes corporações, sendo insuficientes para a prevenção de condutas lesivas. Concluiu-se, assim, que a adjudicação pragmática nas demandas predatórias pressupõe o reconhecimento do dano social como nova espécie de dano ressarcível, uma vez que a indenização judicial passa a contemplar a globalidade dos prejuízos advindos do uso predatório da justiça, tornando ineficientes, para as grandes corporações, os danos resultantes de lesões aos consumidores. Ademais, viu-se que os danos sociais consistem em lesões à coletividade ou a um grupo de direito difuso, sendo a sua reparação ou compensação destinada não ao autor do processo em sua individualidade, mas à coletividade ou grupo afetado, de modo que a indenização é voltada para uma entidade ou instituição que atenda aos interesses sociais em jogo.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito. Pragmatismo Jurídico. Uso predatório da justiça. Responsabilidade civil. Direito do Consumidor. Danos sociais.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER.....</b>	<b>12</b>
2.1 DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	12
2.1.1 Precursores .....	13
2.1.2 Primeira Onda .....	15
2.1.3 Segunda Onda.....	18
2.2 PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER .....	24
2.2.1 O Pragmatismo Clássico .....	25
2.2.2 O Pragmatismo Jurídico.....	25
2.2.3 O Pragmatismo Jurídico sob o olhar de Richard Posner .....	26
2.2.3.1 O Direito como um processo de decisão desordenado e sem rigor técnico .....	27
2.2.3.2 O declínio da autonomia do Direito e o papel da Teoria Econômica no Pragmatismo Jurídico de Posner.....	28
2.2.3.3 Antiteoricidade mitigada e a noção de verdade como algo transitório.....	28
2.2.3.4 Caráter de indeterminação parcial do direito e a decisão judicial nos casos difíceis .....	29
2.2.3.5 O uso da razão prática e a adjudicação pragmática .....	31
<b>3 USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA .....</b>	<b>34</b>
3.1 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DO USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA .....	35
3.1.1 Representatividade do volume de ações judiciais relacionadas ao direito do consumidor.....	36
3.1.2 Similitude das questões fáticas e jurídicas .....	37
3.1.3 Reiterada figuração de grandes corporações no polo passivo .....	39
3.1.4 Adoção de uma atitude protelatória por parte das grandes corporações .....	40
3.2 CAUSAS DO USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA .....	41
3.2.1 Dano eficiente.....	41
3.2.2 Vantagens obtidas com a litigância habitual .....	43
3.2.2.1 Maior capacidade de planejamento dos litígios.....	44
3.2.2.2 Realização de economia em escala.....	45
3.2.2.3 Desenvolvimento de relações informais com os membros da instituição julgadora .....	45
3.2.2.4 Diluição dos riscos da demanda .....	46
3.2.2.5 Possibilidade de testar estratégias .....	46

3.2.3 Caso paradigmático: Ford Pinto.....	47
3.3 CONSEQUÊNCIAS DO USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA .....	49
3.3.1 Congestionamento do Poder Judiciário .....	49
3.3.2 Morosidade processual .....	50
3.3.3 Elevação do custo operacional da atividade jurisdicional .....	51
3.3.4 Precarização das decisões judiciais.....	51
<b>4 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA E A RESSARCIBILIDADE DOS DANOS SOCIAIS COMO ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA NAS DEMANDAS PREDATÓRIAS .....</b>	<b>53</b>
4.1 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....	54
4.1.1 Algumas premissas da Economia incorporadas à Análise Econômica do Direito .....	56
4.1.1.1 Escolha racional.....	56
4.1.1.2 Diretrizes jurídicas enquanto estrutura de incentivos.....	57
4.1.1.3 Eficiência .....	57
4.1.2 Responsabilidade civil nas relações de consumo .....	58
4.1.2.1 O dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil .....	60
4.1.3 A viabilidade e eficiência do reconhecimento do dano social como nova espécie de dano ressarcível .....	61
4.2 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS SOCIAIS.....	64
4.2.1 Natureza jurídica da indenização por danos sociais .....	64
4.2.2 Diferenças entre danos sociais e danos morais coletivos .....	65
4.2.3 Requisitos para a aplicação da indenização por danos sociais .....	66
4.2.4 Legitimidade para pleitear a indenização por danos sociais.....	66
4.2.5 Possibilidade de condenação, de ofício, ao pagamento de indenização por danos sociais.....	67
4.2.6 Identificação das demandas predatórias e mensuração dos danos sociais através dos Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas de Massa.....	68
4.2.7 Precedentes .....	69
4.3 A ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA NAS DEMANDAS JUDICIAIS PREDATÓRIAS .....	71
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>78</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Com a expansão dos direitos sociais resultante da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a democratização do acesso à justiça, a dinamização das relações interpessoais e a massificação das relações de consumo, é natural que, nas últimas décadas, tenha havido um expressivo incremento no quantitativo de ações ingressadas no Poder Judiciário brasileiro, o qual alcançou, em 2016, o montante de 79,7 milhões de processos em tramitação.<sup>1</sup>

Contudo, dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça denotam que significativa parcela do contingente de ações judiciais interpostas – cerca de 35,5% – é atribuível a um número bastante reduzido de atores, que compõem a lista dos 100 maiores litigantes. Integram a aludida lista instituições financeiras, empresas dos setores de seguros, fornecimento de energia elétrica, comércio, planos de saúde e telefonia, as quais, na maior parte das demandas, figuram no polo passivo do processo.<sup>2</sup>

Observando-se esse contexto de contumaz acionamento do Poder Judiciário em face de grandes corporações, despontou o interesse pelo desenvolvimento do presente estudo, que busca explicitar as implicações do uso predatório da justiça: denominação dada ao fenômeno de instrumentalização do Poder Judiciário, por parte de grandes conglomerados econômicos, para violar garantias jurídicas reconhecidas aos consumidores e, com isso, potencializar a obtenção de lucros.

Além de discorrer sobre as características, causas e consequências do uso predatório da justiça, pretende-se, com a presente pesquisa, apresentar uma alternativa para o enfrentamento do aludido fenômeno: a responsabilização civil por danos sociais. Para averiguar sobre a viabilidade e eficiência do aludido instituto no que concerne ao desestímulo do uso predatório da justiça, utilizar-se-á como marco teórico a Análise Econômica do Direito e o Pragmatismo Jurídico de Richard Posner<sup>3</sup>, que auxiliam na compreensão e controle dos fenômenos jurídicos e do ambiente social.

---

<sup>1</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília, 2017. p. 67. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>2</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. Brasília, 2012. p. 7. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>3</sup> Obras consultadas: POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007; Id., What has pragmatism to offer Law?. **Southern California Law Review**, v. 63, 1989; Id., **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010; Id., **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007; Id., **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

A pesquisa se justifica, portanto, em razão da relevância social do tema, tendo em vista que a reiterada lesão a prerrogativas consumeristas por parte das grandes corporações, com a utilização do Poder Judiciário para a potencialização de seus lucros, traz efeitos deletérios sistêmicos. Além de gerar insegurança em relação ao estabelecimento de contratos de consumo, prejudicando a dinamicidade do mercado, o uso predatório da justiça fomenta a crise numérica de processos, levando a inoperância da máquina judiciária, consequências sentidas por toda a sociedade.

Apresentados o recorte temático e a justificativa deste trabalho, elenca-se como problema central da pesquisa a seguinte questão: a responsabilização civil por danos sociais, sob o enfoque da Análise Econômica do Direito e do Pragmatismo Jurídico de Posner, é instituto viável e eficiente no que concerne ao enfrentamento e desestímulo do uso predatório da justiça?

A hipótese básica é a de que o reconhecimento e a ressarcibilidade dos danos sociais tem, sim, o condão de desincentivar o uso predatório da justiça, sendo a aplicação da indenização por danos sociais, pelo magistrado, instituto eficiente e justificável a partir da Análise Econômica do Direito e do Pragmatismo Jurídico de Posner.

As hipóteses secundárias são as seguintes: a) o uso predatório da justiça possui como uma de suas causas o dano eficiente – situações nas quais os lucros obtidos com a conduta lesiva perpetrada em face dos consumidores superam os gastos esperados com indenizações; b) as espécies tradicionais de dano ressarcível – dano material e dano moral – não contemplam, em sua totalidade, os prejuízos decorrentes do uso predatório da justiça, tornando ínfimas as condenações judiciais nas demandas predatórias; c) a responsabilização civil por danos sociais, ao abranger os prejuízos suportados pela coletividade, e não só pelo consumidor individual, torna ineficiente, para as grandes corporações, os danos resultantes do uso predatório da justiça.

Assim, como objetivo geral, intenta-se demonstrar a eficiência e viabilidade da responsabilização por danos sociais no que concerne ao desestímulo do uso predatório da justiça. Ademais, são objetivos específicos: a) proceder à revisão bibliográfica das obras de Richard Posner, resgatando as principais premissas da Análise Econômica do Direito e do Pragmatismo Jurídico; b) levantar informações, através da análise de dados estatísticos, a fim de comprovar a existência do uso predatório da justiça por parte das grandes corporações; c) demonstrar que a responsabilidade civil, na forma como vem sendo aplicada, não tem cumprido o seu papel de desincentivo a condutas antissociais e de prevenção de danos, evidenciando a eficiência do reconhecimento e ressarcibilidade dos danos sociais.

No que concerne à metodologia, utilizar-se-á como método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento o monográfico, adotando-se, como técnicas de pesquisa, a análise bibliográfica, com a revisão de textos que exploram o marco teórico da pesquisa, a análise de documentos e de dados estatísticos, com o exame de relatórios sobre o Poder Judiciário, bem como a análise jurisprudencial de casos relativos à ressarcibilidade de danos sociais.

É importante asseverar, ainda, que o presente estudo será estruturado em três Capítulos. O primeiro Capítulo irá versar sobre o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito e, mais especificamente, sobre o Pragmatismo Jurídico de Richard Posner, com a delimitação de seus principais pressupostos. O segundo Capítulo, por sua vez, será destinado à exposição da problemática do uso predatório da justiça, com o delineamento dos seus elementos característicos, causas e consequências nocivas, indicando porque este fenômeno deve ser combatido. Por fim, no terceiro Capítulo, será procedida à análise econômica da responsabilidade civil nas relações de consumo, apontando para a necessidade de ampliação das espécies de danos ressarcíveis e explanando como a ressarcibilidade dos danos sociais pode ser eficiente no que diz respeito ao desestímulo do uso predatório da justiça.

## 2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER

### 2.1 DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

As diferenças entre o Direito e a Economia, sobretudo no que diz respeito aos seus respectivos planos analíticos e recortes metodológicos, muitas vezes tornam laborioso o diálogo entre os estudiosos de cada um destes ramos do conhecimento científico. Contudo, apesar da marcante tendência acadêmica de especialização das disciplinas, não é nova a compreensão de que o desenvolvimento de uma abordagem interdisciplinar entre Direito e Economia pode contribuir para a melhor compreensão de fenômenos que são de interesse de ambas as áreas.

Partindo do pressuposto de que as instituições jurídicas influenciam significativamente no funcionamento do mercado e que as ideologias econômicas impactam sobremaneira no processo de elaboração e interpretação das normas jurídicas, pesquisadores europeus deram início, no Século XVIII, à realização de estudos que transitavam entre as premissas do Direito e da Economia. Os esforços desses entusiastas culminaram em um substancial movimento de aproximação das duas áreas, resultando, no Século XX, na gênese da Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito, também chamada de *Law & Economics*, pode ser definida como “a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, estrutura, processos e impacto do direito e das instituições legais”.<sup>4</sup> Para uma melhor compreensão acerca do desenvolvimento da *Law & Economics*, é oportuno o resgate da classificação proposta por Ejan Mackaay em sua obra *History of Law and Economics*<sup>5</sup>, qual seja, a subdivisão da sua evolução histórica em três períodos: a) o dos precursores, compreendendo os estudos anteriores à década de 1830; b) a primeira onda, que diz respeito aos estudos realizados entre as décadas de 1830 e 1930; e c) a segunda onda, correspondente aos trabalhos engendrados após a década de 1930.

---

<sup>4</sup> Original: “the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions”. ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. In: MERCURO, Nicholas (ed.). *Law and Economics*, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 125.

<sup>5</sup> MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1. p. 65-117.

### 2.1.1 Precursores

Embora a consagração da Análise Econômica do Direito como disciplina seja recente, o movimento de interação entre Direito e Economia pode ser observado há mais de três séculos. Nesse sentido, Wolfgang Drechsler aponta para a importância dos trabalhos realizados por Christian Wolff, filósofo alemão do Século XVIII, cuja carreira acadêmica foi dedicada ao ensino de Economia e de Direito Público, conhecimentos estes que ele concebia em grande parte como relacionados.<sup>6</sup> Contudo, conforme observa Eugênio Battesini, uma maior aproximação entre as duas disciplinas pode ser visualizada nos estudos realizados pelos autores utilitaristas do Século XVIII, tais como Cesar Beccaria, Adam Smith e Jeremy Bentham, os quais compartilhavam a compreensão de que o comportamento humano é resultado de escolhas racionais e que essas escolhas são influenciadas pela análise dos custos e benefícios, que inclui a preocupação com a conformação da conduta ao sistema jurídico.<sup>7</sup>

Além de ser considerado um dos fundadores do utilitarismo moderno, Cesar Beccaria é referenciado como um dos pioneiros na Análise Econômica do Direito Penal, sobretudo pela publicação, em 1764, da sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, na qual implementa uma crítica acerca da eficiência do sistema penal de sua época. Em diversos capítulos da aludida obra, Beccaria utiliza de uma abordagem econômica para elucidar questões relacionadas à justiça, principalmente no que concerne aos métodos de prevenção do fenômeno criminológico.<sup>8</sup>

Nesse sentido, ao dissertar sobre a obscuridade das leis, uma das proposições de Beccaria é a de que a frequência com que os crimes ocorrem está diretamente relacionada com o número de pessoas que entendem as normas e, conseqüentemente, o caráter ilícito atribuído a determinadas condutas.<sup>9</sup> A pena, por sua vez, deve ser congruente com o crime cometido, mas também deve ser a mais leniente possível; do contrário, sendo tormentosa a pena, o infrator fará de tudo para evitá-la, inclusive recorrendo a novos crimes, se for necessário.<sup>10</sup>

Ademais, Beccaria opõe-se ao uso generalizado da pena de morte, dando maior credibilidade à dissuasão causada pela pena privativa de liberdade. Argumenta que, por ser uma

---

<sup>6</sup> DRECHSLER, Wolfgang. Christian Wolff (1679-1754). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 745-750. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 746.

<sup>7</sup> BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. 2010. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 21-23.

<sup>8</sup> PARISI, Francesco; FREZZA Giampaolo. Cesare Beccaria (1738-1794). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., 475-488. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 476.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 477.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 480.

advertência de efeitos intensos porém efêmeros, a pena de morte não tem impacto duradouro na memória pública, enquanto que, com a pena privativa de liberdade, um único crime é capaz de servir de lição a várias pessoas, tendo em vista o caráter prolongado do encarceramento. Com um viés econômico ainda mais evidente, Beccaria defende que a pena de morte se torna inútil no momento em que ocasiona a perda de uma vida humana que, com trabalhos penosos, poderia ter o condão de reparar o dano infligido à sociedade.<sup>11</sup>

Adam Smith também merece ser mencionado como um dos instituidores da análise integrativa entre Direito e Economia, destacando-se duas de suas obras, quais sejam, *The Theory of Moral Sentiments*, publicada em 1759, e *Wealth of Nations*, publicada em 1776. Neste primeiro livro, ao refletir sobre a comercialização e a moral, Smith aduz que os seres humanos possuem um senso de empatia indispensável para o bom funcionamento do mercado, consistindo este sentimento em imaginar-se no lugar do outro e analisar as suas próprias ações como se fosse um espectador imparcial.<sup>12</sup>

Para Smith, em sociedades menos populosas, é possível que as relações econômicas sejam guiadas essencialmente pelo afeto, tendo como base de conduta moral o sentimento de empatia, uma vez que os laços de parentesco encontram-se ainda muito presentes. Contudo, em sociedades mais populosas e, conseqüentemente, mais complexas, nas quais ocorre a transcendência das relações de parentesco e a diversificação das relações sociais, a presença do Direito torna-se indispensável para o bom funcionamento do mercado e da sociedade civil como um todo, uma vez que as transações passam a ser feitas muitas vezes entre pessoas sem qualquer vínculo afetivo.<sup>13</sup>

Em *Wealth of Nations*, a necessidade de intervenção legal no mercado aparece em diversos momentos, como, por exemplo, quando Smith fala sobre a disputa entre os empregadores e os trabalhadores no que concerne à alteração salarial, objetivando, respectivamente, a sua redução e a sua majoração. Segundo Smith, a assimetria dos níveis de capital de cada uma das partes distorce as negociações, de modo que há, sempre, uma inclinação do empregado em aceitar e se submeter às cláusulas do empregador. Assim, defende que o mercado necessita de regulação, com leis que proporcionem maior comprometimento social, ressaltando, contudo, que essa normatização não pode ser excessiva, sob pena de prejudicar o seu funcionamento.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 481-482.

<sup>12</sup> PEUKERT, Helge. Adam Smith (1723-90). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 675.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 676.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 681.

Pode-se afirmar que Jeremy Bentham, em sua obra intitulada *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, publicada em 1789, utilizou como fundamento para os seus escritos a teoria da pena proposta por Beccaria, buscando elucidar como os indivíduos se comportam em relação aos incentivos do Direito Penal. Segundo Bentham, a humanidade é governada por dois sentimentos: a dor e o prazer. Defende que as pessoas, ao decidirem sobre qual curso tomarão em determinada circunstância, calculam as dores e os prazeres que obteriam em cada uma das condutas viáveis, optando por aquela que, em princípio, lhes trará a maior felicidade.<sup>15</sup>

Para Bentham, o Direito Penal pode ser visualizado a partir da mesma lógica: a pena como espécie de dor derivada de um ato criminoso e o lucro do crime como o prazer obtido ao entregar-se à delinquência. Assim, o Direito Penal adquire uma característica marcadamente econômica, segundo a qual o crime será cometido sempre que os benefícios colhidos através deste superarem a punição prevista pelo ordenamento jurídico.<sup>16</sup>

### 2.1.2 Primeira Onda

Segundo Ejan Mackaay, esse movimento, compreendido entre as décadas de 1830 e 1930, diferencia-se dos estudos predecessores em razão da sua ambição pelo desenvolvimento de uma “compreensão sistemática do Direito através de um modelo de escolha racional”, indo além da mera análise interdisciplinar de alguns dos fenômenos jurídicos. Com entendimentos heterogêneos, os autores expoentes desse movimento são pertencentes aos continentes europeu e norte-americano, destacando-se os ensaios desenvolvidos pelos estudiosos da Escola História Alemã, Escola Austríaca, Escola Italiana e Escola Norte-Americana.<sup>17</sup>

A característica marcante desse movimento era a busca pela explicação de como os direitos são determinados e o porquê destes se transformarem ao longo do tempo e do espaço. Nesse sentido, refutavam as respostas dadas pelos filósofos jusnaturalistas, que apontavam para a existência de um direito natural, cujo conteúdo é dado pela natureza e aplicável à qualquer realidade. Em suma, os autores dessa "primeira onda" concebiam os direitos como dinâmicos, entendendo-os como originados e influenciados pelas condições econômicas e sociais.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> FISHER, Talia. Economic Analysis of Criminal Law. In: DUBBER, Markus; HORNLE, Tatjana (eds.). **Oxford University Handbook of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 44-45.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>17</sup> MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1. p. 68-69.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 69.

Entre os autores da Escola Histórica Alemã, podem ser mencionados Max Weber, Gustav Schmoller, Friedrich Savigny e Werner Sombart; contudo, no que concerne ao movimento de integração de Direito e Economia, merece destaque Friedrich List, que, em seus trabalhos, dedicava-se a formulações acerca do progresso econômico e elevação moral da civilização global. Em sua obra *Nationale System der Politischen Oekonomie*, publicada em 1841, List delinea alguns passos a serem tomados para tornar concreto o desenvolvimento das nações, enxergando a industrialização como o principal mecanismo para a consecução desse objetivo.<sup>19</sup>

De acordo com List, a industrialização potencializaria a produção; contudo, exigiria do Estado que investisse em uma infraestrutura mais robusta, com o aperfeiçoamento do sistema educacional, de transporte e de comunicação, a fim de que o mercado dispusesse de trabalhadores qualificados e desfrutasse de condições favoráveis ao seu funcionamento. Esse aprimoramento, ressalta, só poderia ser alcançado por meio de um adequado sistema jurídico, com arranjos regulatórios que respeitassem as particularidades de cada contingente do comércio nacional.<sup>20</sup>

Conforme observa Eugenio Battesini, esforços para a superação da compreensão restritiva e compartimentada dos fenômenos sociais podem ser observados também nos escritos deixados pela Escola Austríaca, principalmente nas obras de Carl Menger e Victor Mataja. Em sua monografia *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, publicada em 1888, Mataja faz alguns apontamentos sobre a responsabilidade civil, propondo reflexões acerca de questões como a prevenção dos acidentes e a dispersão dos custos relacionados a estes.<sup>21</sup>

Para Mataja, a responsabilidade subjetiva é insuficiente no que diz respeito à prevenção dos acidentes, uma vez que, ao condicionar o dever de reparação dos danos à existência de culpa, faz com o proprietário deixe de se preocupar com uma série de situações em que, apesar de exercer determinada atividade que implique em riscos para terceiros, este estaria amparado pela desoneração da obrigação de reparar. Defendia, assim, o assentamento da responsabilidade objetiva nos casos em que o proprietário do estabelecimento exerce atividade de risco, com a estipulação da obrigação de reparar os danos causados independentemente da existência de

---

<sup>19</sup> DAASTÖL, Arno Mong. Friedrich List (1789-1846). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 596.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 596-597.

<sup>21</sup> BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. 2010. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 27-28.



culpa, por entender que haveria maiores incentivos à prevenção dos acidentes, tendo em vista que o proprietário investiria da maneira mais eficaz possível em diligências para evitar a sua responsabilização.<sup>22</sup>

No que concerne à Escola Italiana, podem ser referenciados como exploradores da interdisciplinaridade entre Direito e Economia os economistas Achille Loria e Augusto Graziani, salientando-se as inovadoras perquirições feitas por este último no âmbito do Direito Civil. No artigo *The Economic Nature of Death and Sucession*, publicado em 1890, Graziani enfatiza o caráter econômico do Direito das Sucessões, argumentando que o testamento nasce da motivação individual de acumular riquezas e que os critérios de partilha da herança devem ser estudados e estipulados levando-se em conta as premissas econômicas, tendo em vista que, ao promover a distribuição e descentralização das riquezas, uma divisão igualitária da herança entre os herdeiros pode contribuir para uma melhor dinâmica do mercado.<sup>23</sup>

Ademais, no ensaio *The Economic Foundation of Law*, publicado em 1912, Graziani antecipa algumas questões acerca da contemporânea noção de inadimplemento eficiente do contrato. Segundo Graziani, o que leva as partes a contratarem é o resultado positivo obtido por estas ao ponderarem sobre as vantagens e desvantagens do acordo; contudo, ele ressalta, há uma série de razões pelas quais o compromisso pode deixar de ser proveitoso para uma das partes: situações em que a violação do contrato mostra-se eficiente. Portanto, para evitar que o inadimplemento dos contratos vire regra, as partes devem contar com a proteção do Direito, seja através da possibilidade de estipulação de multa por descumprimento ou por meio da estruturação de princípios jurídicos que confirmem maior estabilidade aos pactos realizados.<sup>24</sup>

Por fim, em que pese a primeira onda da *Law and Economics* ter se originado na Europa, entre o final do Século XIX e início do Século XX ela ganha espaço nos Estados Unidos da América e propaga-se pelo continente Norte-Americano. Tal expansão deve-se às contribuições de autores do realismo jurídico – Karl Llewellyn, Oliver Holmes Júnior e Robert Hale – e de teóricos da economia institucional – Richard Elly, John Commons e Thorstein Veblen –, os quais, juntos, constituem o que se convencionou chamar de Escola Norte-Americana. Dentre os autores mencionados, deve-se enfatizar as proposições de Robert Hale acerca do impacto

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 29-30.

<sup>23</sup> PARISI, Francesco; FREZZA, Giampaolo. Augusto Graziani (1865–1938). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 528.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 528-529.

econômico das decisões judiciais, as quais foram apresentadas nos artigos *Economic Theory and The Statesman* e *Economics and Law*, publicados, respectivamente, em 1924 e 1927.<sup>25</sup>

De acordo com Hale, a liberdade individual existente em dada sociedade – inclusive a de contratar – é uma liberdade volátil, isto é, uma liberdade influenciada pelas escolhas dos demais agentes sociais. As escolhas dos agentes sociais, por sua vez, são constrangidas e limitadas pelo poder público através de um sistema de coerção, estando este respaldado pelo Direito. Assim, por entender que as decisões judiciais possuem o condão de impactar, positiva ou negativamente, as escolhas econômicas, Hale defendia que os julgamentos realizados pelos tribunais deveriam orientar-se, também, pela aplicação de princípios econômicos na análise de suas consequências alocativas e distributivas.<sup>26</sup>

### 2.1.3 Segunda Onda

Entre o final da década de 1920 e o início da década de 1930, verifica-se um declínio do movimento de Direito e Economia, o qual, segundo Ejan Mackaay, foi acarretado por dois fatores: a confusão acerca da metodologia econômica utilizada como base pelos seus expoentes e o processo de especialização das ciências sociais. Assim, o que caracteriza a segunda onda do movimento de Direito e Economia é o resgate da interdisciplinaridade e a consagração da aplicação dos métodos econométricos na análise dos fenômenos jurídicos.<sup>27</sup>

Neste cenário, abordagem inovadora sobre o sistema de patentes de invenção é apresentada por Arnold Plant, em 1934, com a publicação do artigo *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*. No aludido ensaio, Plant discorre sobre a natureza antagônica dos direitos decorrentes da propriedade privada e dos direitos decorrentes das patentes de invenção: os primeiros possuem o condão de contornar a escassez de recursos e obstar a existência de monopólios; os segundos permitem ao inventor que exerça o monopólio sobre a sua invenção por determinado período de tempo e, conseqüentemente, autorizam a geração de escassez.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. 2010. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 38-40.

<sup>26</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G.; SAMUELS, Warren J. Robert Lee Hale (1884-1969). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 536-537.

<sup>27</sup> MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1. p. 70-71.

<sup>28</sup> PLANT, Arnold. The Economic Theory Concerning Patents for Inventions. **Economica**, v. 1, fev. 1934. p. 31.

Segundo Plant, é crível o entendimento de que o sistema de patentes proporciona um estímulo à atividade inventiva, o que é economicamente desejável. Contudo, pode-se mencionar duas consequências negativas do monopólio autorizado pela lei. A primeira é a possibilidade de ampla movimentação do preço do produto pelo seu inventor, geralmente resultando no retardamento da queda do preço da invenção durante o período de vigência da patente. A segunda é a morosidade no aprimoramento da invenção, tendo em vista que os concorrentes do inventor, em vez de aperfeiçoar e ampliar os usos desta, limitam-se à concepção de alternativas que, embora inferiores, possam contornar a patente.<sup>29</sup>

Para abrandar esses efeitos, Plant propõe uma legislação que promova incentivos à concessão de licenças pelo titular da patente a empresas interessadas na fabricação e comercialização do produto inventado, com a estipulação de pagamento de determinado percentual incidente sobre o faturamento obtido com as vendas. Assim, além de haver uma queda no preço do produto, em razão das forças competitivas atuantes, os ganhos do titular da patente são mantidos ou até mesmo ampliados, uma vez que a produção e disseminação do produto no mercado se expande.<sup>30</sup>

Em 1937, Ronald Coase publica *The Nature of The Firm*, prestigiado artigo no âmbito do movimento de integração entre Direito e Economia. Buscando explicar a ascendência do número de empresários, Coase chegou à conclusão de que a organização da produção e circulação de bens por meio de uma empresa proporciona a minimização dos custos de transação, quais sejam, os custos relacionados à obtenção de informações acerca dos possíveis interessados em contratar, à negociação das cláusulas contratuais, à manutenção do sigilo da negociação e à execução do contrato.<sup>31</sup> Com a publicação desse ensaio, Coase lança as bases para a Nova Economia Institucional, corrente do pensamento econômico voltada para o estudo dos incentivos gerados pelas instituições.

O movimento de integração entre Direito e Economia ganha maior notoriedade acadêmica na década de 1940, quando o economista Aaron Director assume o ensino da disciplina *Economic Analysis and Public Policy* na *University of Chicago Law School*. Ocupando posição pouco usual no âmbito acadêmico, Director introduziu uma série de estudos sobre o Direito Antitruste, nos quais fomentava a aplicação de métodos econométricos na

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 42-46.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>31</sup> BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 202, abr./jun. 2014. p. 253.

análise de casos legais.<sup>32</sup> Ademais, em 1958, Director funda o primeiro periódico voltado para a pesquisa interdisciplinar nas áreas de Direito e Economia, intitulado *Journal of Law and Economics*.

Com a fundação do aludido periódico, o movimento de Direito e Economia passa por uma expansão no que concerne à sua agenda de pesquisa. Segundo Posner, até a década de 1960, a análise econômica dos fenômenos jurídicos voltava-se substancialmente para as áreas do Direito vistas tradicionalmente como influentes no comportamento do mercado, a saber, o Direito Tributário, o Direito Empresarial, o Direito Regulatório e o Direito Antitruste. A partir da década de 1960, a análise econômica estende-se ao sistema legal como um todo, compreendendo áreas antes entendidas como eminentemente jurídicas, dentre as quais, o Direito Penal, o Direito Civil e o Direito Processual.<sup>33</sup>

Em 1960, Ronald Coase publica o artigo *The Problem of Social Cost*, no qual discorre sobre os casos em que as ações de corporações geram incômodos a terceiros, como, por exemplo, quando uma fábrica emite fumaça prejudicial aos ocupantes de dado condomínio vizinho.<sup>34</sup> Investigando sobre as possíveis soluções para essas situações, Coase conclui que, se inexistissem custos de transação, as partes envolvidas no conflito sempre negociariam e chegariam à solução economicamente ótima, independentemente de como a responsabilidade estivesse delimitada pelo Direito.

No caso utilizado como exemplo, se a fábrica fosse responsabilizada civilmente, a solução mais eficaz para a fábrica seria proceder à instalação de equipamentos de controle de poluição do ar, a fim de evitar a cessação das suas atividades. Se, por sua vez, o condomínio fosse responsabilizado civilmente, a solução mais eficaz para o condomínio seria pagar à fábrica a instalação de equipamentos de controle de poluição, fazendo com que o ar voltasse a ser saudável. Assim, se não houvessem custos transação – custos com negociação, contratação e execução do contrato –, a solução seria a mesma em ambas as situações de delimitação de direitos: proceder à instalação de equipamentos de controle de poluição.

Coase defende que, embora os tribunais decidam quem tem o direito no caso concreto, essa delimitação do direito pode ser modificada através de transações de mercado. Contudo, o próprio Coase reconhece que os custos de transação existem e que, por isso, a delimitação inicial dos direitos influencia significativamente na conjuntura econômica. Se os custos para a

---

<sup>32</sup> MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1. p. 72.

<sup>33</sup> POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007. p. 55.

<sup>34</sup> COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, out. 1960. p. 1.

realocação do direito forem maiores do que o aumento esperado no valor de produção, a expectativa de ser responsabilizado judicialmente pode levar à cessação da atividade. Por isso, conclui Coase, é importante que os juízes, aos decidirem sobre os conflitos, levem em consideração as consequências econômicas da sua decisão.<sup>35</sup>

Retomando alguns dos postulados de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham sobre o fenômeno criminológico, Gary Becker publica em 1968 o artigo “Crime and Punishment: An Economic Approach”, no qual sustenta que a otimização do combate ao comportamento desviante está diretamente associada à otimização da alocação de recursos. Nesse sentido, Becker afirma que é possível, através da análise econômica do crime, articular decisões públicas que proporcionem, ao mesmo tempo, a minimização dos custos sociais decorrentes das infrações e a diminuição da incidência de delitos.<sup>36</sup>

Para Becker, entre as diversas formas de punição, a multa é a mais eficaz, uma vez que, além de poupar gastos com a manutenção do sistema carcerário, promove a compensação dos danos suportados pela vítima. Como os infratores levam em consideração os custos e benefícios oriundos da atividade ilegal, a multa vai ser ótima quando o seu valor se igualar aos ganhos obtidos pelo infrator com o crime, desestimulando a conduta delituosa e reparando integralmente os danos sociais.<sup>37</sup>

Contudo, quando os danos sociais resultantes do delito forem maiores do que os ganhos obtidos pelo infrator, a multa deixa de ser ótima. Em casos de latrocínio, por exemplo, os danos causados à vítima excedem as vantagens obtidas pelo infrator, tendo em vista que este se beneficia do patrimônio subtraído, enquanto aquela é lesada em seu direito à vida. Nesses casos, defende Becker, torna-se necessária a complementação da multa com outras formas de punição, como a privação da liberdade, a fim de persuadir os possíveis transgressores.<sup>38</sup>

Destaca-se, ainda, o artigo “*The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*”, publicado em 1970 por Guido Calabresi, professor da *Yale Law School*. Neste artigo, Calabresi analisou o sistema de responsabilização civil, concluindo que este exerce importante influência no comportamento dos agentes econômicos, gerando custos não só para os envolvidos nos acidentes, mas para a sociedade como um todo. A partir disso, Calabresi classifica os custos dos acidentes em primários, secundários e terciários.

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>36</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 22, 2008. p. 97.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 98.

Os custos primários são aqueles relacionados aos danos causados diretamente às vítimas dos acidentes, que deverão ser reparados por aquele que criou o risco, tais como as despesas hospitalares. Os custos secundários, por sua vez, associam-se à dispersão do risco de eventual responsabilização civil, ou seja, trata-se da incorporação, ao preço dos produtos, dos custos que se poderia ter com eventual indenização, levando-se em consideração a probabilidade de ocorrência de acidentes. Por fim, os custos terciários dizem respeito aos gastos dispensados com a manutenção da estrutura administrativa e judiciária, indispensável para o atendimento das vítimas dos acidentes e para a liquidação dos danos.<sup>39</sup>

Discorrendo sobre tal contexto, Calabresi observou que as indenizações arbitradas pelos magistrados podem induzir a uma maior ou menor incidência de atos danosos entre particulares. À medida que se tornam mais dispendiosas as indenizações e mais dificultosas as negociações entre os agentes sociais e econômicos, passa a ser preferível investir na prevenção dos acidentes do que focar na atenuação dos seus efeitos.

Podem ser apontados, também, como marcos do movimento de Direito e Economia a criação do *Economics Institute for Law Professors*, em 1971, e a fundação do *Journal of Legal Studies*, em 1972. O primeiro consiste em um curso intensivo sobre a Teoria Microeconômica direcionado a professores de Direito, cuja primeira edição foi organizada por Henry Manne. O segundo diz respeito a um periódico mantido pela *University of Chicago Law School*, que tem como escopo a pesquisa acadêmica interdisciplinar, com ênfase na análise econômica das instituições legais.<sup>40</sup>

Contudo, a consolidação acadêmica da Análise Econômica do Direito, com o alcance do patamar de disciplina autônoma em diversas universidades estadunidenses – como as de Chicago, Columbia, Miami e Stanford –, deu-se com a publicação da obra *Economic Analysis of Law*, em 1973, por Richard Posner. Referida obra é tida como o primeiro manual de Direito e Economia, uma vez que se preocupou com a sistematização do emprego das premissas da Microeconomia aos mais amplos ramos do conhecimento jurídico, tais quais o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual, Direito do Trabalho e Direito Tributário.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. 2010. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 53-54.

<sup>40</sup> MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1. p. 76.

<sup>41</sup> GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 112.

Das inferências feitas por Posner no trabalho em comento e em suas publicações subsequentes, destaca-se a noção de que a eficiência deve servir de axioma para a tomada de decisões envolvendo as instituições jurídico-políticas e que, por conseguinte, a principal função do jurista é buscar, através da formulação e aplicação das normas jurídicas, a maximização da riqueza na sociedade.<sup>42</sup> Assim, Posner defende que a aplicação eficiente e, conseqüentemente, justa das normas jurídicas depende da superação do entendimento isolado do Direito e da adesão a uma visão interdisciplinar, que transporta da Economia as premissas necessárias para a melhor compreensão dos fenômenos sociais.

Com o assentamento dos seus pressupostos teóricos pelos autores norte-americanos, a Análise Econômica do Direito rapidamente popularizou-se e conquistou novos estudiosos. Um dos fatores que contribuíram para a guinada desta disciplina foi, certamente, a nomeação de Richard Posner e Guido Calabresi como magistrados da Corte de Apelação dos Estados Unidos, nas décadas de 1980 e 1990, respectivamente, uma vez que possibilitou a implementação dos seus postulados na prática forense.<sup>43</sup>

Contudo, deve-se ressaltar que a Análise Econômica do Direito, em seu desenvolvimento, não esteve isenta de críticas. A teoria da eficiência proposta por Posner foi objeto de numerosos debates envolvendo economistas, juristas e filósofos, entre os quais se sobressaem Warren Samuels, Duncan Kennedy e Ronald Dworkin.<sup>44</sup> Em seu artigo *Is Wealth a Value*, publicado em 1980, Dworkin sustenta que a maximização da riqueza não deve ser tida como parâmetro para a realização da justiça, tendo em vista que a justiça baseia-se em valores e que a elevação da eficiência a um valor com prioridade sobre os demais não é moralmente justificável.<sup>45</sup>

Pertinente objeção, ainda, diz respeito à ideia de que a teoria da eficiência possui caráter a-histórico, isto é, a de que esta conduz à estagnação. Diz-se isso porque, segundo este modelo de pensamento, uma vez encontrada a solução eficiente para determinado problema, não há razões para continuar buscando respostas, o que deve ser visto com certa apreensão, considerando que a sociedade está em constante transformação. Ademais, merece reflexão a

---

<sup>42</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, justiça e eficiência**: a perspectiva de Richard Posner. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 6-7. Disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30)>. Acesso em: 10 jun. 2017.

<sup>43</sup> GONÇALVES, *op. cit.*, p. 112.

<sup>44</sup> MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1. p. 77.

<sup>45</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Número especial em memória do Prof. Washington Peluso, 2013. p. 331.

percepção de que os valores são subjetivos e que, por esse motivo, a mensuração das perdas e ganhos relacionados a um determinado litígio é algo complexo, gerando incerteza sobre a eficiência das possíveis decisões a serem tomadas.<sup>46</sup>

Os debates acadêmicos envolvendo a Análise Econômica do Direito provocaram a sua segmentação em diversas escolas. Atualmente, reporta-se a pelo menos seis correntes do pensamento relacionadas à Análise Econômica do Direito, a saber, a Escola de Chicago, a Escola de New Haven, a Escola da Escolha Pública (*Public Choice*), a Escola Institucional, a Nova Economia Institucional e a Escola Austríaca, cada qual seguindo uma tradição diferente, mas muitas vezes trazendo pontos de vista complementares.<sup>47</sup>

## 2.2 PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER

Posner, em seus primeiros escritos, era adepto de uma visão eficientista do Direito, cuja premissa era a de que a solução dos conflitos jurídicos tem como finalidade última a maximização da riqueza na sociedade. O enaltecimento da eficiência como fundamento e estrutura do Direito era justificado a partir da concepção de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações, de modo que fazer justiça correspondia à dispor os recursos de acordo com seu uso mais valioso.<sup>48</sup>

Ocorre que, após numerosos debates acadêmicos relacionados à teoria da eficiência, Posner publica, em 1990, a obra *The Problems of Jurisprudence*, que marca a flexibilização do modelo inicialmente proposto por este e a adoção de uma perspectiva mais pragmática em relação ao Direito. Desde então, os métodos econométricos passaram a ser percebidos por Posner como meros auxiliares na comprovação da solidez das decisões judiciais, sem a pretensão de justificar, a partir destes, o modo como os direitos devem ser delimitados.<sup>49</sup>

A compreensão da visão pragmática defendida por Posner é de suma importância para a assimilação do que se pretende sustentar com o presente trabalho. Assim, a fim tornar mais claros os principais pontos suscitados por esta abordagem, é conveniente discorrer, preliminarmente, sobre o pragmatismo em sua forma clássica e em sua forma jurídica para, após, adentrar especificamente no pragmatismo jurídico posneriano.

---

<sup>46</sup> MACKAAY, *op. cit.*, p. 78.

<sup>47</sup> BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. 2010. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 81-82.

<sup>48</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 74.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 82.



### 2.2.1 O Pragmatismo Clássico

O Pragmatismo teve sua gênese nos Estados Unidos da América, em 1871, a partir das discussões e ideias apresentadas pelo *Metaphysical Club*, grupo formado por estudantes de pós-graduação da cidade de Cambridge.<sup>50</sup> Munido de um olhar crítico sobre as Escolas Filosóficas em voga naquela época – o Racionalismo Alemão e o Empirismo Britânico –, o Pragmatismo Clássico tem como pioneiros os autores Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey.<sup>51</sup>

Como os autores que instituíram a abordagem pragmática possuíam formação em diferentes áreas do conhecimento e desenvolveram investigações diversas, o Pragmatismo Clássico não pode ser qualificado como um movimento intelectual uniforme. Contudo, apesar da marcante heterogeneidade, podem ser mencionadas três características comuns dos estudos pragmáticos clássicos: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo.<sup>52</sup>

O antifundacionalismo caracteriza-se pela oposição a entidades metafísicas, conceitos abstratos, princípios universais e dogmas que se pretendem fundadores imutáveis do conhecimento.<sup>53</sup> O consequencialismo, por sua vez, diz respeito à preocupação com o futuro, ao invés do passado; consiste em verificar a correção de uma proposição a partir do teste de suas consequências.<sup>54</sup> Por fim, o contextualismo está relacionado à noção de que as investigações filosóficas devem ser conduzidas levando-se em consideração o contexto em que estas são desenvolvidas, incluindo as crenças políticas, religiosas e científicas.<sup>55</sup>

### 2.2.2 O Pragmatismo Jurídico

O Pragmatismo Jurídico nasceu durante a década de 1980, tendo como principais expoentes Martha Minow, Thomas Grey, Daniel Farber, Philip Frickey e Richard Posner.<sup>56</sup> Constitui uma abordagem que busca a superação do arquétipo positivista e, consequentemente, do acentuado formalismo que este demanda na aplicação do Direito. Trata-se mais de uma postura de aplicação do Direito do que uma Teoria do Direito propriamente dita, uma vez que

<sup>50</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 11.

<sup>51</sup> ARRUDA, *op. cit.*, p. 27.

<sup>52</sup> POGREBINSCHI, *op. cit.*, p. 24.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>56</sup> POSNER, Richard Allen. What has pragmatism to offer Law?. **Southern California Law Review**, v. 63, 1989. p. 1654.

não tem como preocupação central os embates de nível conceitual, voltando-se, sobretudo, para as questões concernentes ao âmbito prático.<sup>57</sup>

Assim como no Pragmatismo Clássico, a diversidade político-ideológica é marcante no Pragmatismo Jurídico. O grupo de indivíduos que defende esta abordagem é composto por autores tanto de espectro político de direita quanto de esquerda, incluindo, entre outras classes de intelectuais, pensadores feministas e liberalistas. Todavia, é possível identificar um conjunto central de reivindicações compartilhadas pelos diversos proponentes do pragmatismo jurídico, a saber, o conhecimento jurídico entendido como instrumento de alcance dos interesses sociais, a importância da tomada de decisão a partir de perspectivas ecléticas, a preocupação com o contexto em que a decisão é tomada e a desconfiança em relação a investigações orientadas por princípios universais.<sup>58</sup>

### 2.2.3 O Pragmatismo Jurídico sob o olhar de Richard Posner

Ainda que o Pragmatismo Filosófico e o Pragmatismo Jurídico possuam algumas características comuns, Posner sustenta que não há, necessariamente, uma conexão entre estas duas vertentes, argumentando tratar-se de abordagens independentes.<sup>59</sup> Há de se reconhecer, contudo, a influência que algumas ideias do Pragmatismo Filosófico exerceram sobre as percepções adotadas pelo Pragmatismo Jurídico, entre as quais pode-se mencionar o ceticismo em relação à capacidade de utilização de teorias abstratas para guiar e restringir a atividade política e judicial.<sup>60</sup>

Não há uma definição exaustiva do Pragmatismo Jurídico engendrado por Posner, porquanto diz respeito a uma perspectiva ainda em desenvolvimento, que vem sendo aperfeiçoada. Contudo, as enunciações contidas em algumas das suas obras – tais quais “Direito, Pragmatismo e Democracia”, “Para Além do Direito” e “Problemas da Filosofia do Direito” – possibilitam a delimitação de algumas das características da abordagem pragmática do direito.

Em vez de uma teoria, o Pragmatismo Jurídico pode ser entendido como “uma disposição para fundamentar julgamentos de políticas em fatos e consequências e não em

<sup>57</sup> POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 62, 2002. p. 110-111.

<sup>58</sup> BUTLER, Brian E. Legal pragmatism: banal or beneficial as a jurisprudential position? **Essays in Philosophy**, v. 3, art. 14, 2002.

<sup>59</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 75.

<sup>60</sup> FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo antiteórico de Richard Allen Posner. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, v. 17, 2015. p. 5.

conceitualismos e generalidades”.<sup>61</sup> Trata-se de uma postura que busca a promoção de um olhar concreto e experimental sobre os problemas enfrentados pelo Direito, que desconfia da possibilidade de orientar as decisões judiciais a partir de teorias abstratas – como as teorias morais – e que tem consciência da inalcançabilidade da verdade.<sup>62</sup>

O Pragmatismo Jurídico não rejeita os métodos do raciocínio jurídico tradicional, tais quais a aplicação da norma jurídica e a observação dos precedentes, mas os percebe como instrumentos a serviço das necessidades humanas, e não como um fim em si mesmo. Em suma, o pragmatismo jurídico pode ser concebido como uma abordagem prática, instrumental, voltada pra frente, ativista, empírica, cética, antidogmática e experimental.<sup>63</sup> É oportuno, assim, verificar como Posner explana os seus anseios pragmáticos e quais as suas implicações para o direito.

### 2.2.3.1 O Direito como um processo de decisão desordenado e sem rigor técnico

Posner opõe-se à descrição do Direito como um conjunto de conceitos, sejam eles do positivismo ou do jusnaturalismo. O Direito não é apenas uma fonte de regras e princípios, de deveres e poderes; não é uma caixa de respostas que os juízes consultam quando se deparam com uma questão jurídica irresolvida. Os juízes não descobrem o Direito, mas o criam ao decidirem sobre os conflitos. Assim, para Posner, o Direito é melhor descrito como uma atividade exercida por profissionais habilitados, os quais chamamos de juízes.<sup>64</sup>

Há casos em que as normas não são suficientemente claras para a resolução dos conflitos ou deixam de prever as situações que estão sendo enfrentadas, o que justifica a criação do Direito pelos juízes nos casos difíceis. Diante de cenários como estes, os juízes podem valer-se de quaisquer conhecimentos e informações relevantes, ainda que alheios à esfera do Direito positivo. O importante é que os juízes decidam as controvérsias da melhor maneira possível, adotando, das soluções possíveis, aquela que demonstre ter os melhores resultados práticos. O Direito é, para Posner, esse processo de decisão desordenado e sem rigor técnico.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 46.

<sup>62</sup> POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 621.

<sup>63</sup> POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 11.

<sup>64</sup> POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 301.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 311-312.

### 2.2.3.2 O declínio da autonomia do Direito e o papel da Teoria Econômica no Pragmatismo Jurídico de Posner

Segundo Posner, a crença na autonomia do Direito difundiu-se, pelo menos nos Estados Unidos da América, entre as décadas de 1950 e 1960, após a Segunda Guerra Mundial, em razão do consenso político existente naquele período. Como os embates ideológicos eram mínimos no campo intelectual norte-americano, era natural, à época, pensar o Direito como uma disciplina técnica e objetiva, que possui todos os recursos necessários para a solução das contendas jurídicas.<sup>66</sup>

Atualmente, contudo, o âmbito acadêmico do Direito é marcado por uma pluralidade de pensamentos políticos, com ampla diversidade de ideologias, entre as quais podem ser mencionadas o marxismo, o feminismo e o niilismo. Há uma fragmentação do consenso político, que faz com que, sobre uma questão jurídica difícil, surjam diversas respostas antagônicas.<sup>67</sup> Assim, além da derrocada do consenso político, são fatores do declínio da crença no Direito como disciplina autônoma a expansão do Poder Judiciário, que faz emergir indagações não abarcadas pelo ensino jurídico convencional, e o desenvolvimento das abordagens interdisciplinares, que apresentam importantes contribuições no que concerne à compreensão do comportamento social.<sup>68</sup>

A Economia, afirma Posner, oferece significativos instrumentais para a análise jurídica pragmática, uma vez que permite examinar os incentivos e desincentivos proporcionados pela responsabilidade civil, pela pena de prisão, entre outros institutos que podem estar relacionados com o caso em apreciação pelo juiz.<sup>69</sup> É importante ressaltar, todavia, que a análise de custos e benefícios não deve ser elevada a um dogma pelo magistrado, sob pena de provocar o engessamento do direito que o pragmatismo tanto critica. A economia deve ser utilizada somente quando promover alguma utilidade prática em relação à identificação e sopesamento das decisões possíveis.<sup>70</sup>

### 2.2.3.3 Antiteoricidade mitigada e a noção de verdade como algo transitório

O pragmatismo jurídico é hostil a teorias que se revestem de verdades irrefutáveis sobre o universo. Para Posner, as pessoas não devem ser forçadas a se adaptar a moldes previstos por conceitos jurídicos imutáveis; pelo contrário, as categorias do Direito é que devem se ajustar às

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 571.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 572.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 575-577.

<sup>69</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 60.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 281.

práticas das diversas comunidades existentes, sempre atentando-se às necessidades humanas.<sup>71</sup> Nesse sentido, “o objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-la das questões factuais e empíricas”.<sup>72</sup>

De acordo com Posner, a verdade nasce de crenças construídas socialmente ao longo do tempo. A verdade decorre de uma proposição sobre a qual as pessoas consentem e, por isso, é falível e transitória. Em determinada época, havia consenso sobre a terra ser plana; atualmente, porém, acredita-se que a terra seja redonda. Pode ser que, futuramente, a crença na terra redonda não seja a mesma. O Pragmatismo não tem a pretensão de, imperiosamente, resolver todos os debates; está mais preocupado, pois, em prevenir a conclusão prematura destes.<sup>73</sup>

Assim, teorias filosóficas abstratas, tais como as teorias morais, são vistas com receio pelo Pragmatismo Jurídico, uma vez que são resistentes a mudanças. Ademais, sendo os princípios morais contingentes à cultura, localidade e história, não é desejável que os juízes imponham uma moral uniforme e incontestável, tendo em vista que, com isto, limitariam o desenvolvimento de diferentes ideias, experiências e aptidões em uma sociedade plural.<sup>74</sup>

Contudo, o pragmatista não é adverso a toda teoria. Algumas teorias, como a teoria econômica, possuem utilidade para o juiz pragmático, porque possibilitam a orientação da investigação empírica, ajudando a esclarecer qual a melhor solução a ser tomada no caso em apreço.<sup>75</sup> As teorias, segundo Posner, são ferramentas de ampliação da reserva de conhecimento útil, são instrumentos que auxiliam no entendimento, prevenção e controle do ambiente físico e social.<sup>76</sup>

#### 2.2.3.4 Caráter de indeterminação parcial do direito e a decisão judicial nos casos difíceis

Cético em relação à possibilidade de alcançar a verdade, Posner defende que os juízes e os advogados, ao se depararem com alguma questão jurídica pendente, não devem perquirir sobre respostas corretas ou incorretas, mas sobre respostas melhores ou piores. A elucidação

---

<sup>71</sup> POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 422.

<sup>72</sup> POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 520.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 152-153.

<sup>74</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 108-109.

<sup>75</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 59-60.

<sup>76</sup> POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 7.

dessas questões, a fim de possibilitar a tomada de decisão, se dá, basicamente, através da aplicação de duas classes de métodos: a investigação exata e a razão prática.<sup>77</sup>

A investigação exata é o conjunto de métodos mais comumente utilizado no raciocínio jurídico convencional, ainda que de maneira inconsciente. Entre os métodos que a compõem, destaca-se o silogismo, que consiste no raciocínio lógico e é composto por três proposições: a premissa maior, a premissa menor e a conclusão. O exemplo clássico do silogismo é o seguinte: “todos os homens são mortais (premissa maior); Sócrates é homem (premissa menor); logo, Sócrates é mortal (conclusão)”.<sup>78</sup>

No Direito, a norma fornece a premissa maior e os fatos do caso específico fornecem a premissa menor, as quais, quando associadas, possibilitam a dedução da conclusão e a tomada de decisão. Trata-se, assim, de uma análise das relações existentes entre conceitos que, quando usada de maneira excessiva, ressalta Posner, conduz ao formalismo. Para o formalista, os princípios, as ordens legislativas e os precedentes fornecem premissas suficientes para se deduzir os resultados de todos os casos apreciados pelo direito.<sup>79</sup>

O Pragmatismo Jurídico não rechaça a ideia de que grande parte dos casos possam ser resolvidos através da aplicação dos métodos formalistas incorporados pelo raciocínio jurídico tradicional. Quando as normas positivadas são claras ou quando não há diferença factual entre o caso em análise e um arranjo de precedentes consolidado, é plausível que os juízes decidam de maneira vinculada ao entendimento prescrito.<sup>80</sup> Decisões como estas podem ser seguramente entendidas como pragmáticas, desde que os prejuízos advindos da desconsideração das consequências do caso particular sejam sopesados em relação aos ganhos obtidos pela simplificação da investigação e minimização da discricionariedade judicial.<sup>81</sup>

Contudo, é natural que o juiz se depare com determinados fatos não previstos pelas normas jurídicas e não abarcados pelos precedentes judiciais, casos em que as fontes formais revelam-se insuficientes para a decisão da contenda e a adjudicação do direito torna-se difícil. Há muitas ocasiões em que as normas e os precedentes mostram-se vagos e fragilmente embasados, situações em que a aplicação destes deixa de ser clara ou convincente.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 51.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>80</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 52.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 53-54.

<sup>82</sup> POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61.

Nesses casos, assevera Posner, o Direito deixa transparecer a sua indeterminabilidade, que é marcada pelo esgotamento do raciocínio jurídico convencional e por um estado de livre indagação, uma vez que os juízes acabam tendo que recorrer à opinião pública, à diretrizes políticas ou ao que mais for necessário para responder à questão de forma satisfatória.<sup>83</sup> Assim, diante de casos difíceis, os juízes, incapazes de fundamentar a decisão através da lógica, são compelidos a empregar os métodos informais de raciocínio abarcados pela razão prática.<sup>84</sup>

### 2.2.3.5 O uso da razão prática e a adjudicação pragmática

Nos casos em que os métodos da investigação exata são incapazes de apresentar respostas, os métodos da razão prática surgem como alternativas para a orientação da tomada de decisão. Importante asseverar que a razão prática não constitui um método analítico único e não é propriamente um conjunto de métodos afins. Posner a define como uma caixa de ferramentas multiforme e versátil, que engloba “relatos de fatos isolados, introspecção, imaginação, senso comum, empatia, atribuição de motivos, a autoridade do locutor, metáfora, analogia, precedente, costume, memória, experiência, intuição e indução”.<sup>85</sup>

É possível elencar dois métodos da razão prática que são frequentemente utilizados no Direito e que denotam a possibilidade de sua aplicação: a confiança na autoridade e o raciocínio por analogia. O primeiro consiste na tomada de decisão levando em consideração o fato de que, no Direito, a autoridade de uma proposição é essencialmente política, isto é, o fato de que as pessoas se submetem às decisões judiciais não necessariamente porque concordam com estas, mas porque estas emanam de alguém com legitimidade política para tomá-la. O segundo diz respeito ao deslinde de uma questão jurídica com base em informações provenientes de casos equivalentes, ainda que de fontes extrajurídicas e sem qualquer autoridade sobre a decisão.<sup>86</sup>

Como a própria expressão sugere, a razão prática interessa-se pela ação; demanda a criação de um objetivo e a designação dos meios adequados para alcançá-lo.<sup>87</sup> Trata-se de conduzir a decisão a partir da análise dos fatos e das suas consequências, superando a ideia de que o juiz deve ater-se à escolha do melhor argumento verbal entre aqueles envolvidos no litígio.<sup>88</sup> Assim, segundo Posner, ao deparar-se com cenários de indeterminabilidade do Direito,

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 49-50.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 609.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>88</sup> ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 128.

o juiz assume a função de formulador de políticas públicas, uma vez que passa a criar o Direito, devendo buscar o resultado mais razoável possível, valendo-se de amplas fontes de conhecimento.<sup>89</sup>

Para Posner, a interpretação das normas jurídicas é muito subjetiva. Podem ser diversos os objetivos da interpretação – estabilidade jurídica, fidelidade à intenção do legislador e coerência com as decisões passadas, por exemplo – e cada intérprete dará um peso diferentes a estes.<sup>90</sup> Desta maneira, à luz do pragmatismo jurídico, é mais adequado falar-se se não em interpretação das normas jurídicas, mas no exame das consequências que as abordagens antagônicas destas terão.<sup>91</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que o núcleo da adjudicação pragmática é a tomada de decisão com base na demonstração da superioridade prática de uma alternativa pensada em relação às demais.<sup>92</sup> As consequências importantes, sustenta Posner, são tanto as específicas quanto as sistêmicas, tanto as imediatas quanto as mediatas. Em outras palavras, o pragmatista deve examinar os efeitos que as soluções propostas terão para as partes envolvidas no caso concreto e também para o ordenamento jurídico como um todo, não somente a curto prazo como também a longo prazo.<sup>93</sup>

Conforme sugere Arguelhes e Leal (2009, p. 190, *apud* ARRUDA, 2011, p. 141), a adjudicação pragmática proposta por Posner pode ser melhor compreendida a partir da sua fragmentação em duas etapas, quais sejam:

- i) individualização de pares de decisões possíveis e os estados de coisas associados a cada uma delas (ou seja, determinar quais serão as consequências esperadas com a tomada de cada uma das decisões entre as quais o juiz pode optar); ii) ordenação desses pares com base em algum critério pelo qual se estabeleçam relações de preferência entre os estados de coisas possíveis [...]. A primeira dimensão é eminentemente descritiva, na medida em que se volta apenas à identificação das consequências atreladas a cada alternativa de decisão [...], em outro plano, coloca-se a questão relativa à valoração, ordenação dentro de certa escala de preferências. Nesta dimensão normativa, cabe ao tomador de decisão, com base em algum critério, indicar qual consequência é preferível, o que significa identificar aquela que realiza em maior medida o valor desejado usado como referência e, a partir dessa

---

<sup>89</sup> POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 174.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 365.

<sup>92</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 41.

<sup>93</sup> POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 423.



conclusão, indicar a alternativa de decisão mais adequada para a solução do problema que se lhe apresenta.<sup>94</sup>

Assim, como pode ser observado, o pragmatismo jurídico não indica como devem ser equilibradas as consequências particulares e as sistêmicas, as imediatas e as mediatas. Considerando que os juízes são diferentes e prestam tutela jurisdicional a comunidades diversas, caberá a cada um deles, casuisticamente, verificar a importância que cada consequência terá, bem como estabelecer o equilíbrio entre elas, utilizando como instrumento para a realização dos fins sociais, sempre que entenderem necessário, as normas, os precedentes, e qualquer outro conhecimento útil, ainda que extraído de fonte extrajurídica. Em suma, o pragmatismo jurídico de Posner constitui uma orientação normativa à ação do magistrado, que intenta a prolação da decisão mais razoável possível.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações**. p. 190. Apud: ARRUDA, Thais Nunes de. Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 141.

<sup>95</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 50.

### 3 USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA

A problemática do uso predatório da justiça foi observada e apresentada, pioneiramente, por Maximiliano Losso Bunn e Orlando Luiz Zanon Junior, magistrados atuantes no Estado de Santa Catarina. No artigo “Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição”, os aludidos autores definem o fenômeno em apreço como consistente em um:

[...] abuso do direito de acesso à jurisdição ou de defesa, mediante excesso de acionamentos da jurisdição, diretamente ou imposto à parte adversa, qualificado pela insistência em desrespeitar administrativamente prerrogativas jurídicas já reconhecidas ou, alternativamente, pela reiteração de argumentos já repelidos pela jurisprudência predominante, geralmente praticada por grande corporação.<sup>96</sup>

Para a presente pesquisa, contudo, o termo “uso predatória da justiça” possui um significado mais delimitado, fazendo alusão ao abuso do direito de acesso à justiça, caracterizado pelo excessivo acionamento do Poder Judiciário imposto aos consumidores por grandes corporações, em razão do reiterado descumprimento de prerrogativas jurídicas daqueles por estas, em concomitância com o abuso do direito de defesa, mediante a adoção de uma atitude protelatória, por parte dos grandes conglomerados econômicos, com o fito de postergar o adimplemento da obrigação assumida perante os consumidores.

Em outras palavras, o uso predatório da justiça pode ser definido como a instrumentalização do Poder Judiciário, por parte de grandes conglomerados econômicos, para violar garantias jurídicas reconhecidas aos consumidores e, com isso, potencializar a obtenção de lucros.

Trata-se de um fenômeno macroscópico, observável no vasto quantitativo de ações judiciais consumeristas que são interpostas corriqueiramente. Essas demandas, que possuem em seu polo passivo grandes corporações, denotam o caráter repetitivo das ofensas a direitos, porque envolvem questões fáticas e jurídicas muito semelhantes. Além disso, essas contendas são marcadas pelo emprego de estratégias de prolongamento da lide, o que faz com que o processo seja moroso, retardando o cumprimento da obrigação e induzindo à realização de acordos envolvendo valores ínfimos.

Como se verá no decorrer do presente capítulo, o que leva grandes corporações a utilizarem a justiça de maneira predatória são os bons resultados financeiros obtidos com a perpetração da conduta lesiva ao consumidor. Ocorre que, em determinados contextos, é mais rentável oferecer produtos ou serviços defeituosos, pagando eventuais indenizações, do que

---

<sup>96</sup> BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, jan./abr. 2016. p. 257.

adequá-los às normas técnicas expedidas pelos órgãos competentes. Além disso, o contumaz acionamento das grandes corporações traz a estas uma série de vantagens de ordem processual, as quais aumentam as chances de sucesso no órgão julgador e possibilitam a amplificação dos ganhos obtidos com a conduta danosa.

O congestionamento do Poder Judiciário, a morosidade processual, a elevação do custo da atividade jurisdicional e a precarização das decisões judiciais são alguns dos efeitos negativos decorrentes do uso predatório da justiça, os quais denotam a necessidade de desenvolvimento de mecanismos para o enfrentamento do aludido fenômeno, sob pena de colapso do já comprometido sistema de justiça.

Neste Capítulo, serão investigadas e delineadas, de maneira mais aprofundada, as características, causas e consequências do uso predatório da justiça, a fim de proporcionar uma melhor compreensão sobre o referido fenômeno e sobre as suas implicações no âmbito do Poder Judiciário. A contextualização da problemática em questão é importante para que se possa conceber alternativas viáveis para a sua superação.

### 3.1 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DO USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA

Com a expansão dos direitos sociais, a democratização do acesso à justiça, a dinamização das relações interpessoais e a massificação das relações de consumo, é natural que, nas últimas décadas, tenha havido um expressivo incremento no quantitativo de ações tramitando no Poder Judiciário brasileiro.<sup>97</sup> Contudo, ao proceder-se à análise estatística destas demandas, verifica-se que parcela significativa das ações judiciais em tramitação apresentam uma série de características comuns, as quais apontam para a existência de um fenômeno atrelado a essa crescente litigância: o uso predatório da justiça.

São elementos característicos do uso predatório da justiça: a) a representatividade do volume de ações judiciais relacionadas ao Direito do Consumidor; b) a similitude das questões fáticas e jurídicas destas demandas; c) a reiterada figuração de grandes corporações no polo passivo destes processos; d) a adoção de uma atitude protelatória por parte das grandes corporações. A melhor delimitação dessas características torna-se possível a partir da análise dos dados contidos em três relatórios publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a saber, os relatórios “Justiça em Números”, “100 Maiores Litigantes” e “Perfil do acesso à justiça nos Juizados Especiais Cíveis”.

---

<sup>97</sup> ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas**: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2014. 193 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 16-18.

Realizado anualmente pelo Departamento de Pesquisas Jurídicas do CNJ, o relatório Justiça em Números consiste em um estudo aprofundado sobre o Poder Judiciário brasileiro, que reúne informações de 90 Tribunais, abordando, entre outros assuntos, questões relativas à estrutura judiciária, ao índice de produtividade, à litigiosidade, ao tempo de tramitação dos processos e à recorrência de determinadas demandas.<sup>98</sup>

O relatório 100 Maiores Litigantes, como o próprio nome sugere, busca identificar, a partir de informações colhidas de 56 Tribunais integrantes do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário, quais são os principais demandantes dos serviços do Poder Judiciário brasileiro. A segunda edição do aludido relatório – que será analisada no presente trabalho – abrange todas as ações interpostas no 1º grau da Justiça Comum, bem como nos Juizados Especiais, entre 01/01/2011 e 31/10/2011.<sup>99</sup>

Por fim, procedendo a um olhar específico sobre os conflitos submetidos aos Juizados Especiais Cíveis, o relatório Perfil do acesso à justiça nos Juizados Especiais Cíveis apresenta um conjunto de informações sobre as partes, o tempo e o resultado dos processos nestes órgãos do Poder Judiciário. A pesquisa pautou-se pela análise de amostras de processos que tiveram baixa definitiva entre 1º de janeiro de 2012 e 31 de dezembro de 2012 nos Juizados Especiais Cíveis de Cinco capitais brasileiras, cada qual localizada em uma das regiões políticas do país, quais sejam: Belém, Campo Grande, Florianópolis, São Luís e São Paulo.<sup>100</sup>

### **3.1.1 Representatividade do volume de ações judiciais relacionadas ao direito do consumidor**

Um primeiro traço distintivo do uso predatório da justiça consiste em seu âmbito amplificado de abrangência, com impactos que ultrapassam o caso individual e atingem os consumidores em sua coletividade. Trata-se de um fenômeno verificável a partir da observação dos processos judiciais em um contexto macroscópico, o que permite identificar que um exacerbado volume de demandas consumeristas são interpostas anualmente, as quais apontam

<sup>98</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília, 2017. p. 9. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>99</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. Brasília, 2012. p. 4-5. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>100</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis**. Brasília, 2015. p. 7-12. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

para a existência de uma violação em massa de prerrogativas dos consumidores por determinados fornecedores.<sup>101</sup>

Conforme evidencia o relatório Justiça em Números, ao final do ano de 2016, o Poder Judiciário alcançou o montante de 79,7 milhões de processos em tramitação. Considerando que, ao final do ano de 2009, o quantitativo de processos pendentes correspondia à 60,7 milhões, verifica-se que, em apenas 7 anos, houve um crescimento de 31,2% no volume de processos existentes, o que equivale à 18,9 milhões de processos.<sup>102</sup>

A Justiça Estadual é o ramo de Justiça que mais concentra processos. Dos 29,4 milhões de processos que ingressaram no Poder Judiciário em 2016, 67,4% dos casos novos foram interpostos na Justiça Estadual, ou seja, aproximadamente 19,7 milhões de processos. Isso significa que, em média, a cada 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial em 2016. Desses 12.907 habitantes, 8.788,1 interpuseram a ação judicial na Justiça Estadual.<sup>103</sup>

Quando observada a lista dos assuntos mais demandados na Justiça Estadual, verifica-se que, das ações judiciais interpostas em 2016, 16,8% estão cadastradas como ações concernentes ao Direito do Consumidor, o que faz com que este seja o segundo assunto mais recorrente neste segmento do Poder Judiciário, ficando atrás apenas do Direito Civil, que aparece como assunto cadastrado em 30,6% das ações interpostas neste período.<sup>104</sup>

Se considerados apenas os dados referentes aos Juizados Especiais da Justiça Estadual, o quantitativo de ações consumeristas torna-se ainda mais expressivo. Dos casos que ingressaram nestes órgãos jurisdicionais em 2016, 41,4% estão cadastrados como ações relativas ao Direito do Consumidor, sendo este o assunto mais demandado no aludido segmento do Poder Judiciário.<sup>105</sup> Essa estatística revela que o processamento das ações consumeristas é responsável pelo dispêndio de quase metade dos recursos destinados à apreciação jurisdicional nos Juizados Especiais da Justiça Estadual.

### 3.1.2 Similitude das questões fáticas e jurídicas

Além de envolverem relação de consumo, as ações judiciais relacionadas ao uso predatório da justiça são marcadas pela semelhança entre as matérias fáticas e jurídicas que

<sup>101</sup> BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, jan./abr. 2016. p. 255.

<sup>102</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília, 2017. p. 67-68. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>104</sup> Dados constantes no painel do relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://paineis.cnj.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

fundamentam as suas interposições. Em que pese serem formulados individualmente, os pedidos de tutela jurisdicional contidos nestas ações refletem conflitos repetitivos, que denotam o caráter reiterado de determinadas condutas ofensivas adotadas por fornecedores.<sup>106</sup>

Examinando os dados apresentados pelo relatório Justiça em Números, verifica-se que, embora seja grande o quantitativo de ações judiciais consumeristas, os assuntos sobre as quais estas demandas versam são bastante reduzidos. Na Justiça Estadual, ações versando sobre indenização por danos morais, indenização por danos materiais, revisão de contrato e rescisão de contrato correspondem, juntas, à 55,3% do total das ações consumeristas interpostas em 2016. Também é significativo o número de ações versando sobre contratos bancários, de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de plano de saúde, de financiamento, de transporte aéreo, de cartão de crédito, de seguro e de fornecimento de água, as quais, somadas, equivalem à 25,9% do total das ações consumeristas interpostas no aludido período.<sup>107</sup>

É pertinente mencionar, ainda, os resultados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça e divulgados através do relatório Perfil do acesso à justiça nos Juizados Especiais Cíveis. Ao investigarem sobre as narrativas fáticas mais comuns nas demandas de consumo em tramitação nos Juizados Especiais Cíveis, os pesquisadores se depararam com uma série de reclamações de conotação repetitiva, sobretudo em relação aos setores bancários, de telefonia, de saúde, de energia elétrica e de serviços de varejo de massa. Os assuntos mais frequentemente observados foram os seguintes:

- a) em relação a serviços bancários, correção monetária de caderneta de poupança em razão de plano econômico, cláusulas de contrato de empréstimo que previam a cobrança de tarifas e juros abusivos; cobrança ilegal de taxas no leasing, quais sejam, taxas de serviços de terceiros, taxas de abertura de crédito e taxas de emissão de boleto; b) em relação a serviços de telefonia, cobrança indevida em planos telefônicos, cobrança indevida de ligações, cobrança de valores diferente dos termos do plano contratado; c) em relação a serviços de saúde, negativa de cobertura de procedimento cirúrgico, negativa de atendimento de associado ao plano; d) em serviços de energia, cobrança anormal em conta de energia; e) em relação a serviços de varejo de massa, cobrança de tarifa indevida em cartão de compras da loja.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> BICUDO, Juliana Morais. A atividade regulatória e a concentração de demandas no Poder Judiciário. In: MORAES, Vânia Cardoso Andrade de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p. 250.

<sup>107</sup> Dados constantes no painel do relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://paineis.cnj.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

<sup>108</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis**. Brasília, 2015. p. 63. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

O que se verifica, a partir das informações supracitadas, é a recorrência com que conflitos consumeristas de natureza similar chegam ao Poder Judiciário. Este panorama de repetitividade das questões discutidas em demandas judiciais relacionadas ao Direito do Consumidor pode ser apontado como um dos elementos característicos do fenômeno do uso predatório da justiça.

### **3.1.3 Reiterada figuração de grandes corporações no polo passivo**

Outra peculiaridade das ações judiciais relacionadas ao uso predatório da justiça diz respeito às partes componentes do processo. As demandas de natureza predatória possuem um conjunto padrão de atores processuais: no polo ativo, um litigante eventual, isto é, um consumidor que raramente se envolve em contendas judiciais, tendo pouca ou nenhuma experiência com litígios; no polo passivo, um litigante habitual, ou seja, uma grande corporação, de natureza privada, que é acionada judicialmente com frequência, tendo maior familiaridade com o funcionamento do Poder Judiciário.

Nesse sentido, a segunda edição do relatório 100 Maiores Litigantes, fruto de uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, revela que vasta parcela do contingente de ações judiciais interpostas no 1º grau da Justiça Comum, bem como nos Juizados Especiais, é atribuível a um pequeno número de litigantes. A partir do aludido estudo, constatou-se que, na Justiça Estadual, 13% dos processos ingressados entre 01/01/2011 e 31/10/2011 tinham em um de seus polos alguma das 33 grandes corporações privadas que integram a lista dos 100 maiores litigantes. Entre estas corporações, situam-se instituições financeiras, empresas dos setores de seguros, fornecimento de energia elétrica, comércio, planos de saúde e telefonia.<sup>109</sup>

Nos Juizados Especiais da Justiça Estadual, o constante envolvimento de algumas empresas e instituições de grande porte em litígios torna-se ainda mais evidente. Dos dados apresentados pelo relatório supracitado, depreende-se que, nos Juizados Especiais da Justiça Estadual, apenas 91 grandes corporações privadas são responsáveis por 31,1% dos processos ingressados entre 01/01/2011 e 31/10/2011. Integram esta lista instituições financeiras, empresas dos setores de telefonia, comércio, planos de saúde, seguros, transporte, fornecimento de energia elétrica e fornecimento de água.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**. Brasília, 2012. p. 15-23. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 24-31.

Outro dado que chama atenção é que, no período analisado, estas 91 grandes corporações apareceram no polo passivo de, aproximadamente, 99% das ações em que são parte nos Juizados Especiais da Justiça Estadual.<sup>111</sup> Essa vultosa estatística demonstra a baixa probabilidade de que as violações de prerrogativas dos consumidores pelas grandes corporações sejam sempre involuntárias. Como se verá posteriormente, o descumprimento de certas garantias por determinadas empresas e a própria litigância repetitiva a que estas se submetem parecem trazer uma série de benefícios, sobretudo de ordem financeira.

### 3.1.4 Adoção de uma atitude protelatória por parte das grandes corporações

Um quarto atributo do fenômeno do uso predatório da justiça consiste na adoção, por parte das grandes corporações, de uma atitude protelatória, tanto extrajudicialmente, ao negar uma garantia consumerista já reconhecida, quanto judicialmente, ao insistir em argumentos já repelidos pelos Tribunais apenas para retardar o cumprimento da obrigação, contestando com alegações inverídicas e recorrendo exaustivamente.<sup>112</sup>

A alta taxa de recorribilidade envolvendo as ações consumeristas pode ser constatada quando observados os números relativos às demandas mais recorrentes nas instâncias recursais, isto é, nos Tribunais de Justiça Estaduais e nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais. Interpretando os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça e divulgados através do relatório Justiça em Números, o que se percebe é que o número de ações consumeristas que chegaram às instâncias recursais em 2016 alcança proporções maiores do que o número de ações consumeristas interpostas nas instâncias iniciais no período em questão.<sup>113</sup>

Nas Varas Estaduais, as demandas consumeristas correspondem à 5,5% do total de ações ingressadas em 2016, enquanto que, nos Tribunais de Justiça, os processos relacionados ao direito do consumidor representam 13,2% do total de casos que alcançaram o 2º grau de jurisdição neste mesmo período. Entre as ações versando sobre contrato de consumo, as que fazem maior volume nos Tribunais de Justiça são aquelas referentes a serviços bancários, de telefonia, de plano de saúde, de financiamento de produto, de fornecimento de energia elétrica e de seguro.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>112</sup> BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, jan./abr. 2016. p. 265.

<sup>113</sup> Dados constantes no painel do relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://paineis.cnj.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

<sup>114</sup> *Ibidem*.



Nos Juizados Especiais da Justiça Estadual, as demandas consumeristas alcançam o percentual de 41,4% em relação ao total das ações interpostas em 2016 neste segmento do Poder Judiciário. Nas Turmas Recursais, por sua vez, os processos relativos ao direito do consumidor correspondem à 49,1% do total de ações que chegaram a esta instância no aludido período. De maneira similar ao observado nos Tribunais de Justiça, entre as ações versando sobre contrato de consumo, são mais frequentes, nas Turmas Recursais, aquelas referentes a serviços bancários, de telefonia, de fornecimento de energia elétrica, de planos de saúde, de cartão de crédito, de transporte aéreo, de fornecimento de água e de seguro.<sup>115</sup>

### 3.2 CAUSAS DO USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA

A partir da análise da litigância envolvendo grandes corporações e consumidores, é possível perceber que os fatores de estímulo do uso predatório da justiça são, sobretudo, de natureza econômica. A representatividade do volume de ações consumeristas com discussões similares e a adoção de estratégias protelatórias pelas grandes corporações são características do uso predatório da justiça que podem ser explicadas pela ambição das empresas e instituições financeiras em maximizarem seus lucros.

Assim, pelo menos duas causas podem ser atribuídas ao fenômeno do uso predatório da justiça: o dano eficiente e as vantagens obtidas com a litigância habitual. A análise destes fatores aproveita à presente pesquisa, porquanto permite mensurar as raízes da problemática em questão. Além disso, é oportuno o estudo de um caso paradigmático, o que permite entender com maior clareza como as grandes corporações auferem benefícios com a perpetração de condutas lesivas aos consumidores e com a sua contumaz presença no Poder Judiciário.

#### 3.2.1 Dano eficiente

O dano eficiente consiste em uma conduta que, embora acarrete prejuízos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial a terceiros, ensejando a possibilidade de responsabilização civil do ofensor, produz bons resultados financeiros para este. Trata-se de uma prática adotada por determinados fornecedores quando, ao procederem à análise de custo-benefício, verificam que é mais rentável, do ponto de vista econômico, oferecer produtos ou serviços defeituosos, desrespeitando prerrogativas consumeristas e pagando eventuais indenizações judiciais, do que adequá-los às normas técnicas expedidas pelos órgãos competentes.

---

<sup>115</sup> *Ibidem*.

São corriqueiros os casos envolvendo extravio de bagagens por companhias aéreas, *overbooking*, cobranças abusivas, inscrição indevida do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito, suspensão injustificada do fornecimento de água ou energia elétrica, negativa de cobertura securitária em desacordo com as normas vigentes, entre outras situações danosas que alcançam dimensão nacional.

Em uma sociedade massificada e informatizada, as ações dos conglomerados econômicos são capazes de gerar impacto, no mesmo instante, a milhares de pessoas. Assim, ainda que o dano causado a cada um dos consumidores seja de pequena monta, a conduta lesiva adotada por determinada empresa resulta em lucros estratosféricos, se observados os ganhos obtidos com a coletividade das ofensas perpetradas.

Pode-se mencionar, por exemplo, o caso de uma companhia aérea que, ocultando certas informações, induziu a erro milhares de consumidores. Os usuários, ao efetuarem a compra *online* de passagens aéreas, aderiam, sem saber, a um seguro viagem com valor médio de R\$ 3,00, tendo em vista que a opção já vinha pré-selecionada, fazendo com que o item passasse despercebido pelos compradores. Em Ação Civil Pública, a aludida empresa foi condenada a restituir em dobro os valores cobrados indevidamente<sup>116</sup>, tendo a sentença sido confirmada em 2º grau<sup>117</sup>. Ressalta-se, contudo, que, contra a decisão, existem recursos cabíveis.

O caso supracitado demonstra como a perpetração de danos pode ser eficiente para grandes corporações. Supondo-se que o número de consumidores atingidos correspondesse à 50.000, os ganhos obtidos pela fornecedora com a cobrança ilegal da tarifa alcançariam, nestes parâmetros, o montante de R\$ 150.000,00. Por envolverem "falhas" de pequenas proporções para o usuário individual do produto ou serviço, nem todos os consumidores afetados chegam a identificá-la. Dos consumidores que detectam o problema, poucos conseguem resolvê-lo na esfera administrativa, tendo em vista a precariedade das centrais de atendimento mantidas pelos fornecedores.

Diante deste panorama, não resta alternativa aos consumidores senão a interposição de ação judicial, a fim de requerer o ressarcimento pelos danos sofridos. Contudo, a quantidade de pessoas que leva esses conflitos ao judiciário é ainda mais reduzida. Além disso, as condenações

---

<sup>116</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Quinta Vara Cível da Circunscrição Especial de Brasília. Proc. nº 2011.01.1.165269-6. Juíza prolatora da sentença: Lucimeire Maria da Silva. Data do julgamento: 24/07/2013. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=63&CDNUPROC=20110111652696>. Acesso em: 23 abr. 2018.

<sup>117</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Segunda Turma Cível. Apelação Cível nº 20110111652696. Relator: Sérgio Rocha. Revisora: Leila Arlanch. Data de Julgamento: 17/06/2015. Data de Publicação: DJE 07/08/2015, p. 179.

são, geralmente, de baixo valor, uma vez que existe o receio de que a indenização fixada exceda os danos efetivamente sofridos e que, conseqüentemente, o consumidor venha a enriquecer sem causa, o que é vedado pela legislação civilista. Assim, quando observados os ganhos obtidos pelo fornecedor com a conduta lesiva, a quantia despendida com indenizações torna-se quase inexpressiva.

Assim, o dano eficiente pode ser apontado como uma das razões pelas quais as grandes corporações utilizam a justiça de maneira predatória: se as condenações não fossem tão brandas, e se impusessem perdas superiores aos ganhos obtidos com a conduta lesiva, os fornecedores fariam o possível para não serem acionados judicialmente, bem como deixariam de adotar, extrajudicialmente, uma postura protelatória.

A constante perpetração de condutas lesivas pelos fornecedores de produtos e serviços, visando ao cometimento de danos eficientes, explica o grande volume de ações consumeristas que são interpostas, bem como a reiterada figuração de grandes corporações no polo passivo dos processos judiciais. Ademais, o congestionamento do Poder Judiciário e a morosidade processual causados por este vasto quantitativo de ações são, também, benéficos para as grandes corporações, porquanto criam um tempo confortável para o adimplemento da obrigação de reparar o dano e, muitas vezes, levam o consumidor a aceitar propostas de acordo com valores ínfimos.

### 3.2.2 Vantagens obtidas com a litigância habitual

Procedendo a uma análise do Sistema Judiciário Norte-Americano, Marc Galanter publicou, em 1974, o prestigiado artigo *Why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change*. No aludido ensaio, Galanter constatou a existência de duas classes de litigantes: os litigantes repetitivos (*repeat players*) e os litigantes eventuais (*one-shotters*). Essa distinção é importante porque, segundo Galanter, quando observadas as características de cada um dos tipos de litigantes, verifica-se que o sistema judiciário, na forma como foi estruturado, tende a criar vantagens para a classe que se envolve mais frequentemente em contendas judiciais.<sup>118</sup>

Em que pese o estudo supracitado tenha sido voltado para o sistema judiciário norte-americano, o panorama da litigância habitual elucidado por Galanter mostra-se presente, de maneira muito similar, no Poder Judiciário brasileiro. A assiduidade com que determinadas

---

<sup>118</sup> GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, New York, n. 9, 1974. p. 97.

grandes corporações respondem a ações judiciais traz a estas uma série de conveniências de curto e longo prazo, diferentemente dos consumidores, que recorrem ao poder judiciário de maneira individual e ocasional.

Em síntese, são cinco as vantagens obtidas pelas grandes corporações com a litigância habitual: a) maior capacidade de planejamento dos litígios; b) realização de economia de escala; c) desenvolvimento de relações informais com os membros da instituição julgadora; d) diluição dos riscos da demanda; e) possibilidade de testar estratégias.<sup>119</sup> A obtenção desses benefícios pode ser apontada como um dos fatores de estímulo ao uso predatório da justiça, uma vez que aumentam as chances de sucesso das grandes corporações nas cortes e amplificam os ganhos já obtidos com o dano eficiente.

### 3.2.2.1 Maior capacidade de planejamento dos litígios

Ao adquirirem produtos ou contratarem serviços de determinado fornecedor, os consumidores não costumam ser orientados por advogados sobre o negócio jurídico que estão realizando. Por serem litigantes eventuais, os consumidores somente buscam o auxílio de um advogado quando se sentem lesionados em seus direitos e pretendem ser representados judicialmente. Assim, além de não se prepararem para o litígio com antecedência, os litigantes ocasionais são, em regra, representados por advogados que atuam em demandas muito diversificadas, não tendo a expertise em demandas consumeristas repetitivas que possuem os advogados dos litigantes habituais.<sup>120</sup>

Os litigantes habituais, por sua vez, possuem recursos para contratar advogados com maior capacitação para atuar nas áreas relativas aos conflitos jurídicos em que frequentemente se envolvem. Esses advogados, por representarem as grandes corporações em inúmeras demandas similares, adquirem experiência suficiente para traçar prognósticos da litigância, sendo capazes de empregar estratégias preventivas. Ademais, é comum que as grandes corporações tenham seu próprio setor jurídico, o que viabiliza uma tomada de ações juridicamente orientada, tanto no que concerne às suas operações quanto no que se refere aos seus contratos.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do trabalho após a Emenda constitucional n 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, jul./dez. 2000. p. 41.

<sup>120</sup> ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas**: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário. 2014. 193 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 39.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 39.

### 3.2.2.2 Realização de economia em escala

O consumidor (litigante eventual), para exercer o seu direito de acesso à justiça e pugnar pela reparação de um dano sofrido, deve arcar com os custos de contratação de um advogado, que costuma incluir em seus cálculos o tempo despendido com o estudo do caso, a não ser que o jurisdicionado opte por ingressar com a ação sem a representação de um causídico, no Juizado Especial, ou que seja representado por um defensor público ou por um escritório modelo de alguma Faculdade de Direito. Além disso, por ser autor da ação, o consumidor precisa pagar as custas iniciais do processo, a menos que seja beneficiário da justiça gratuita ou que tenha interposto a ação no Juizado Especial.<sup>122</sup>

A grande corporação (litigante habitual), por seu turno, consegue reduzir os gastos com a contratação de advogados através da manutenção de um departamento jurídico próprio e da padronização de rotinas e peças processuais, tendo em vista que, em se tratando de demandas repetitivas, as defesas apresentadas e as provas produzidas são quase sempre iguais ou, pelo menos, similares.<sup>123</sup> Além disso, por figurarem no polo passivo das demandas predatórias, as grandes corporações não precisam pagar as custas iniciais do processo, sendo indiferente, nesse quesito, a quantidade de demandas interpostas contra estas.<sup>124</sup>

### 3.2.2.3 Desenvolvimento de relações informais com os membros da instituição julgadora

O litigante habitual, por comparecer em juízo de maneira contumaz, acaba tendo oportunidades de desenvolver relações informais com os agentes da instituição julgadora, como, por exemplo, os estagiários, os residentes, os servidores de cartório e de gabinete. Conforme assevera José Roberto Freire Pimenta, ainda que não tenham o condão de comprometer a imparcialidade das decisões judiciais, as relações informais fazem surgir algumas vantagens para as grandes corporações que litigam habitualmente, porque permitem que estas conheçam o posicionamento adotado por cada julgador acerca de determinada matéria, possibilitando a adoção de argumentos mais precisos e persuasivos ao longo das demandas.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> VAZ, Maurício Seraphim. Indenização punitiva como instrumento de acesso à justiça. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 50.

<sup>123</sup> PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do trabalho após a Emenda constitucional n 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte**, MG, v. 32, n. 62, jul./dez. 2000. p. 41.

<sup>124</sup> VAZ, *op. cit.*, p. 51.

<sup>125</sup> PIMENTA, *op. cit.*, p. 41.

### 3.2.2.4 Diluição dos riscos da demanda

O consumidor, ao ingressar com uma ação judicial, almeja a obtenção de ganhos de curto prazo. Tratando-se de um litigante eventual, o consumidor não vislumbra a possibilidade de incorrer em perdas imediatas para produzir resultados jurisprudenciais favoráveis no futuro, tendo em vista que a probabilidade deste voltar a demandar sobre o mesmo assunto é muito baixa. Assim, o consumidor tende a adotar estratégias que tragam poucos riscos, evitando, por exemplo, atribuir à causa um valor muito alto, porque isso implicaria em custas processuais e eventuais despesas com sucumbência igualmente altas.<sup>126</sup>

As grandes corporações, contudo, percebem os riscos e os resultados da litigância de maneira diversa. Por serem litigantes habituais, as grandes corporações possuem interesses que vão além dos ganhos de curto prazo. Em razão de sua maior condição financeira, as grandes corporações são mais propensas a investir seus recursos na construção de precedentes favoráveis, a fim de que sua taxa de sucesso se torne maior nas contendas judiciais futuras. Portanto, ainda que alguns casos resultem em perdas imediatas, o prejuízo financeiro sofrido tende a ser compensado pelos ganhos obtidos nas demandas vindouras.<sup>127</sup>

### 3.2.2.5 Possibilidade de testar estratégias

Em uma sociedade plural e em constante transformação, é comum que sobrevenham situações não previstas pelo legislador e que emergjam questões sobre as quais não há entendimento jurisprudencial pacífico. Conforme denota Maurício Seraphim Vaz, contextos como estes costumam ser encarados de maneira diversa pelo advogado do litigante eventual e pelo advogado do litigante habitual.<sup>128</sup>

Considerando que o consumidor (litigante eventual) não figura como parte em diversas demandas sobre o mesmo assunto, este deve escolher com muito cuidado os argumentos que utilizará para fundamentar a sua pretensão, uma vez que, caso a justificativa empregada seja contrária ao entendimento adotado pelo julgador, haverá uma grande possibilidade do seu pedido ser indeferido.<sup>129</sup>

A grande corporação (litigante habitual), todavia, tem a possibilidade de testar diferentes estratégias, tendo em vista que responde a uma grande quantidade de ações judiciais

<sup>126</sup> HAMZEZHADDEH, Bahaar. Repeat Player vs. One-Shoter: Is Victory all that Obvious. **Hastings Business Law Journal**, v. 6, n. 1. 2010. p. 244.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>128</sup> VAZ, Maurício Seraphim. Indenização punitiva como instrumento de acesso à justiça. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 53.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 53.

com questões fáticas e jurídicas similares. Em um primeiro momento, a grande corporação fundamenta as ações em que contende a partir de diferentes perspectivas, utilizando raciocínios distintos. Posteriormente, verifica qual dos argumentos teve melhor receptividade e passa a utilizá-lo com preferência aos demais.<sup>130</sup>

### 3.2.3 Caso paradigmático: Ford Pinto

Um caso que se tornou muito conhecido nas décadas de 1970 e 1980, e que exemplifica como a justiça pode ser utilizada de maneira predatória por uma grande corporação, está relacionado à fabricação e comercialização do Ford Pinto, carro subcompacto desenvolvido pela Ford Motor Company. A controvérsia surgiu quando constatou-se que o Ford Pinto, por uma falha em seu *design*, oferecia riscos significativos de explosão, colocando em perigo a vida e a integridade física dos seus usuários. Mesmo sabendo disso, a Ford Motor Company optou por não fazer o *recall* do automóvel, uma vez que os lucros esperados com as vendas se mostravam superiores a eventuais despesas sofridas com indenizações.

O acidente que tomou maiores proporções jurídicas, tendo despertado grande comoção social, ocorreu em 28 de maio de 1972. Enquanto Lily Gray viajava em seu Ford Pinto com Richard Grimshaw, passageiro de 13 anos de idade, seu carro foi atingido por um veículo que trafegava a, aproximadamente, 30 milhas por hora (cerca de 48 quilômetros por hora). O impacto na traseira do Ford Pinto provocou uma explosão, cujas chamas causaram a morte de Lily Gray e graves queimaduras à Richard Grimshaw, que precisou se submeter a uma série de cirurgias.<sup>131</sup>

O caso foi levado a júri, que condenou a Ford a pagar \$ 560.000 (quinhentos e sessenta mil dólares) à família de Lily Gray e \$ 2.500.000 (dois milhões e quinhentos mil dólares) à Richard Grimshaw, a título de indenização compensatória. Além disso, o júri condenou a Ford a pagar \$ 125.000.000 (cento e vinte e cinco milhões de dólares) a título de *punitive damages* (indenização punitiva), o que, posteriormente, foi reduzido pela corte para \$ 3.500.000 (três milhões e quinhentos mil dólares).<sup>132</sup>

O que tornava o Ford Pinto tão perigoso era a localização do seu tanque de combustível. O tanque ficava na parte de trás do carro, guardando uma distância de apenas nove polegadas do eixo traseiro. Perto do eixo traseiro, haviam parafusos que apontavam para o tanque de

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>131</sup> LEGGETT, Christopher. **The Ford Pinto Case**: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument. Law & Valuation, 1999. Disponível em: <<https://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

combustível. Além disso, o tubo de enchimento de combustível, na forma como foi projetado, tinha uma maior probabilidade de se desprender do tanque do que o normal, o que poderia levar a um vazamento de gasolina. Essas características, combinadas, tornavam o Ford Pinto extremamente vulnerável a colisões traseiras.<sup>133</sup>

Esse cenário, contudo, era conhecido pela Ford Motor Company antes do lançamento do carro. Documentos internos da empresa, aos quais teve acesso a revista Mother Jones, demonstram que onze testes de colisão foram realizados a uma velocidade média de 31 milhas por hora (cerca de 50 quilômetros por hora). Oito destes testes apontaram para o potencial explosivo do Ford Pinto. Nos três demais testes, o tanque do Ford Pinto recebeu proteções de borracha ou plástico, o que aumentou consideravelmente a sua segurança.<sup>134</sup>

Ocorre que nenhuma dessas alterações de segurança foi adotada no Ford Pinto que foi levado à produção em massa, tendo permanecido o seu *design* original. A implementação de proteções implicava em aumento de custo e peso do Ford Pinto, fazendo com que estes ultrapassassem os limites de \$ 2.000,00 e de 2.000 libras estabelecidos por Lee Iacocca, à época vice-presidente da Ford Motor Company. Ademais, a mudança da localização do tanque implicava a redução do espaço disponível no porta-malas, o que não era desejado pela empresa.<sup>135</sup>

Contudo, a principal razão pela qual a Ford Motor Company não procedeu à alteração do *design* do Ford Pinto foi o resultado de uma análise de custo-benefício realizada por esta. Um memorando interno da empresa, intitulado *Fatalities associated with crash-induced fuel leakage and fires*, revelava que, caso a mudança do *design* tivesse sido realizada, haveria um gasto de \$ 11 dólares a mais por cada automóvel. Considerando que as vendas estimadas eram de 12.500.000 (doze milhões e quinhentos mil) carros, o custo total da mudança seria de \$ 137.000.000 (cento e trinta e sete milhões de dólares).<sup>136</sup>

Por outro lado, o memorando apresentava a estimativa de que, se a mudança do *design* tivesse sido realizada, seriam evitadas 180 mortes, 180 lesões graves e 2.100 veículos queimados. Estes números foram multiplicados pelos valores estabelecidos pela *National Highway Traffic Safety Administration* como parâmetro, a saber, \$ 200.000 por morte, \$ 67.000

---

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> DOWIE, Mark. **Pinto Madness**. Mother Jones, set./out. de 1977. Disponível em: <<https://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness/>>. Acesso em 02 fev. 2018.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> LEGGETT, Christopher. **The Ford Pinto Case**: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument. Law & Valuation, 1999. Disponível em: <<https://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 01 fev. 2018.



por lesão e \$ 700 por veículo. No total, o benefício social obtido seria de \$ 49.500.000 (quarenta e nove milhões e quinhentos mil dólares).<sup>137</sup>

Assim, como os custos da alteração do tanque de combustível sobressaiam aos benefícios sociais, a Ford Motor Company se sentiu justificada em adotar a decisão de lançar o Ford Pinto em seu *design* original. Em outras palavras, como os ganhos esperados eram de \$ 137.000.000 (cento e trinta e sete milhões de dólares) e as despesas previstas com indenização eram de \$ 49.500.000 (quarenta e nove milhões e quinhentos mil dólares), a empresa optou por lançar um produto mal projetado que, sabidamente, levaria a fatalidades.

Trata-se de um exemplo de uso predatório da justiça, porque a Ford Motor Company, como grande corporação que é, sabia que a sua conduta implicaria diversas lesões a direitos e, conseqüentemente, geraria um vasto quantitativo de ações judiciais. Ademais, esse excessivo acionamento da jurisdição, imposto pela empresa aos consumidores, poderia significar uma ampliação dos lucros já obtidos com a conduta lesiva, tendo em vista todas as facilidades advindas da litigância habitual.

### 3.3 CONSEQUÊNCIAS DO USO PREDATÓRIO DA JUSTIÇA

A delimitação das consequências do uso predatório da justiça é importante para que não restem dúvidas acerca da necessidade de superação do aludido fenômeno. Entre os efeitos perniciosos verificáveis, os que merecem maior atenção são: a) o congestionamento do Poder Judiciário; b) a morosidade processual; c) a elevação do custo operacional da atividade jurisdicional; d) a precarização das decisões judiciais.

#### 3.3.1 Congestionamento do Poder Judiciário

A principal consequência do uso predatório da justiça é o fomento ao congestionamento do Poder Judiciário. O grande quantitativo de ações judiciais gerado por este fenômeno impulsiona sobremaneira a demanda pela prestação jurisdicional, sendo que os recursos financeiros e humanos do Poder Judiciário são limitados, contexto que leva à incapacidade de assimilação de todos os processos. Em suma, a atitude predatória de alguns atores acaba provocando prejuízos a toda a coletividade de jurisdicionados.

O relatório Justiça em Números revela que, em 2016, a taxa de congestionamento da Justiça Estadual foi de 75,3%. Trata-se de um indicador que mensura o percentual de processos que permaneceram pendentes de solução, em relação ao total de casos que tramitaram no

---

<sup>137</sup> *Ibidem*.

período analisado. Isso significa que, em 2016, apenas 24,7% dos processos que tramitaram na Justiça Estadual foram resolvidos. Desde 2009, a taxa de congestionamento neste segmento da justiça aumentou em 2,3%.<sup>138</sup>

### 3.3.2 Morosidade processual

Um segundo efeito deletério do uso predatório da justiça, e que está relacionado ao congestionamento do Poder Judiciário, é a morosidade processual. Nas Varas Estaduais, o tempo médio de baixa dos processos é de 3 anos e 1 mês, na fase de conhecimento, e de 5 anos e 9 meses, na fase de execução. Nos Juizados Especiais da Justiça Estadual, por sua vez, o processo de conhecimento demora, em média, 2 anos e 3 meses para ser baixado, enquanto que o processo de execução leva 1 ano e 8 meses.<sup>139</sup>

Essa lentidão na prestação jurisdicional acarreta prejuízos para o autor da demanda judicial, uma vez que a situação danosa que o levou a acionar o Poder Judiciário tende a se alongar até o trânsito em julgado da decisão final.<sup>140</sup> Ademais, essa morosidade conduz, muitas vezes, à realização de acordos insatisfatórios, à desistência da ação, ao perecimento das pretensões, resultando em um inautêntico acesso à justiça.<sup>141</sup>

Conforme assevera José Eduardo Carreira Alvim:

[...] o problema do acesso à Justiça não é uma questão de ‘entrada’, pois, pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de ‘saída’, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas ‘portas de emergência’, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro, rezando, para conseguir sair com vida.<sup>142</sup>

Assim, em que pese a causa da morosidade processual possa ser atribuída a um conjunto de fatores concomitantes, é certo que o uso predatório da justiça, com a suscitação de um

<sup>138</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília, 2017. p. 80. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 07/02/2018.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>140</sup> BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. 2010. 217 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 19.

<sup>141</sup> BELO, Duína Porto. A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça. **Revista Direito e Desenvolvimento**, ano 1, n. 2, 2010. p. 65-66.

<sup>142</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

desmedido contingente de ações judiciais, é um dos principais elementos de fomento deste cenário.

### 3.3.3 Elevação do custo operacional da atividade jurisdicional

Esse contexto de crise numérica do Poder Judiciário, que tem como uma de suas concausas o uso predatório da justiça, repercute também no âmbito econômico. Isto porque a excessiva demanda pela prestação jurisdicional tem levado à adoção de políticas quantitativas, resultando em uma maior destinação de recursos públicos ao Poder Judiciário, com o intuito de alargar as vias jurisdicionais e desobstruir o fluxo de processos.<sup>143</sup>

Em um estudo sobre a prestação jurisdicional no contexto internacional, o Conselho Nacional de Justiça procedeu a um levantamento de dados sobre o orçamento destinado ao Poder Judiciário em 39 países europeus e 6 países latino-americanos. Dos números divulgados, depreende-se que o Brasil, entre todos os países analisados, é o segundo que mais investe recursos na função jurisdicional, tendo um orçamento correspondente à 1,46% do PIB. Para se ter ideia, a média do orçamento do sistema judiciário nos países da Europa é de 0,18% do PIB, enquanto que, nos países da América Latina, a média equivale à 1,16% do PIB.<sup>144</sup>

O agigantamento do Poder Judiciário – com o incremento na quantidade de tribunais, equipamentos de informática, magistrados, serventuários e assessores – traz consigo a retroalimentação da demanda pela tutela jurisdicional, por tratar-se de medida paliativa, que influi sobre as consequências da exacerbada litigiosidade, em vez de suas causas.<sup>145</sup> Esse incremento no custo operacional da atividade judicial, fomentado pelas demandas predatórias, é arcado pela coletividade dos contribuintes brasileiros.

### 3.3.4 Precarização das decisões judiciais

O uso predatório da justiça, por ser um dos fatores da inoperância do Poder Judiciário, impacta, também, na qualidade das decisões judiciais. Ocorre que, diante desse contexto de abarrotamento e morosidade processual, instalou-se, nas décadas de 1990 e 2000, uma crescente pressão internacional sobre as instituições judiciárias brasileiras, a qual preconizava pela adoção de um modelo gerencial voltado para a produtividade e celeridade. Como resultado,

---

<sup>143</sup> BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, jan./abr. 2016. p. 262.

<sup>144</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional**. Brasília, 2011. p. 16-17. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_estudo\\_comp\\_inter.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2018.

<sup>145</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 140/141.

foram engendradas diversas reformas legislativas com foco na redução da quantidade de processos, fazendo com que a qualidade da prestação jurisdicional ficasse em segundo plano.

Como exemplo, cita-se o Documento Técnico nº 319 do Banco Mundial, publicado em 1996, que faz um diagnóstico do Poder Judiciário e elenca algumas recomendações a fim de assegurar maior eficiência aos serviços prestados. Veja-se:

O Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais, excessivo acúmulo de processos, acesso limitado à população, falta de transparência e previsibilidade de decisões e frágil confiabilidade pública no sistema. [...] Os elementos básicos de uma reforma devem incluir medidas visando garantir a independência do Poder Judiciário através de alterações no orçamento, nomeações de juízes e um sistema disciplinar; aprimoramento administrativo das Cortes através da adoção de gerenciamento de processos e reformas administrativas; adoção de reformas da legislação processual; implantação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos; ampliação do acesso à justiça; incorporação de questões de gênero no processo de reforma; e redefinição e/ou expansão do ensino jurídico, programas de estágio para estudantes e treinamento para juízes e advogados.<sup>146</sup>

Essa conjuntura de desconfiança incutida sobre as instituições judiciárias brasileiras culminou em duas grandes reformas constitucionais que incorporaram premissas do pensamento economicista em voga à época: a Emenda Constitucional nº 19/1998 e a Emenda Constitucional nº 45/2004.

A Emenda Constitucional nº 19/1998, também conhecida como “Reforma Administrativa”, teve como maior inovação a inserção do princípio da eficiência no rol de princípios da administração pública. A eficiência, a partir de então, deixou de ser apenas uma orientação e ganhou a qualidade de preceito a ser seguido por aqueles que prestam serviço público, inclusive pelos magistrados.<sup>147</sup>

A Emenda Constitucional nº 45/2004, por sua vez, foi alcunhada de “Reforma do Judiciário” e teve como objetivo maior a contenção do vasto fluxo de processos que sobrecarregam os tribunais. Entre as principais medidas implementadas, destacam-se: a) a inserção do princípio da razoável duração do processo no rol de garantias fundamentais; b) o assentamento da repercussão geral da questão constitucional como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário; c) a instituição da súmula vinculante, que impõe a

---

<sup>146</sup> DAKOLIAS, Maria. **Documento Técnico número 319**. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para uma reforma. 1996. p. 7-8. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2018.

<sup>147</sup> MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. p. 164

fiel observância, pelos juízes de instâncias inferiores, do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal; d) a criação do Conselho Nacional de Justiça, instituição pública destinada ao aperfeiçoamento dos trabalhos desenvolvidos pelo Poder Judiciário.

Com a criação do Conselho Nacional de Justiça, propagou-se uma metodologia de trabalho calcada no estabelecimento de metas anuais de resultado para os magistrados e a criação de prêmios que incentivam a produtividade, como, por exemplo, o “Selo Justiça em Números”.<sup>148</sup> Tais metas consubstanciam-se em diretrizes pré-definidas, que devem ser seguidas pela base administrativa e jurisdicional e que impõem uma agenda preponderantemente quantitativa, que passa a deliberar sobre os rumos da pauta judicial e exigir do juiz a adoção de uma postura de gestor.

Essas modificações constitucionais e medidas administrativas empregadas no âmbito do Poder Judiciário evidenciam a disseminação de uma política efficientista como forma de tratamento da vultosa morosidade processual. Verifica-se, pois, a adoção de técnicas de manejo processual em massa, como a padronização das decisões judiciais, a abreviação dos ritos processuais, os julgamentos por amostragem e a expansão dos obstáculos formais à admissibilidade de recursos, visando, com isso, a rápida eliminação dos processos.

Trata-se de conjuntura que repercute negativamente na qualidade das decisões judiciais, uma vez que as contendas submetidas aos tribunais deixam de ser consideradas em suas peculiaridades. Além disso, o Poder Judiciário passa a ser cultivado como se fosse uma indústria, atribuindo-se ao magistrado a função de gerente da unidade judiciária, que tem como matéria prima os conflitos e como produto final a decisão judicial, proferida sem uma adequada maturação da lide, tendo em vista a necessidade de dar andamento a um exacerbado volume de processos.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> FARELLO, Luiza. **Selo Justiça em Números passa a ser obrigatório aos tribunais**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85015-selo-justica-em-numeros-passa-a-ser-obrigatorio-aos-tribunais/>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

<sup>149</sup> SCHWARTZ JÚNIOR, Cherubin Helcias. **Aplicabilidade do princípio constitucional da eficiência à atividade jurisdicional**: reflexões acerca do fenômeno da judicialização e da agenda da celeridade. 2011. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011. p. 92.

#### **4 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA E A RESSARCIBILIDADE DOS DANOS SOCIAIS COMO ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA NAS DEMANDAS PREDATÓRIAS**

Conforme depreende-se do segundo capítulo do presente trabalho, o uso predatório da justiça é um fenômeno marcante na sociedade de massas contemporânea, caracterizado pelo excessivo acionamento do Poder Judiciário em razão da contumaz violação a direitos consumeristas por parte das grandes corporações. Viu-se que o dano eficiente e as vantagens obtidas com a litigância habitual são algumas das causas atribuíveis ao aludido fenômeno. Além disso, foram apresentadas as consequências do uso predatório da justiça, a saber, o congestionamento do Poder Judiciário, a morosidade processual, a elevação do custo da atividade jurisdicional e a precarização das decisões judiciais.

Ocorre que o enfrentamento das demandas judiciais predatórias tem sido efetuado com foco no tratamento das consequências em vez das causas, elevando-se os recursos financeiros destinados ao aparato jurisdicional e adotando-se técnicas de manejo processual em massa, como a padronização das decisões judiciais, a abreviação dos ritos processuais, os julgamentos por amostragem e a expansão dos obstáculos formais à admissibilidade de recursos. Deste modo, além de haver uma diminuição na qualidade das decisões judiciais, a demanda por apreciação jurisdicional tende a ser retroalimentada e a problemática do uso predatório da justiça tende a se prolongar no tempo.

Assim, no presente capítulo, discorrer-se-á sobre a indenização por danos sociais, uma alternativa que atua sobre as causas do uso predatório da justiça, desestimulando a perpetração de condutas lesivas aos direitos do consumidor. Para tanto, inicialmente, proceder-se-á uma investigação acerca da eficiência do aludido instituto, através da análise econômica da responsabilidade civil consumerista, para, posteriormente, averiguar sobre a viabilidade de sua aplicação pelo magistrado, tendo como base a visão pragmática do direito.

##### **4.1 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

As relações de consumo, nas sociedades de massa contemporâneas, assumem substancial importância no que concerne ao desenvolvimento socioeconômico. Cotidianamente, o consumidor estabelece diversos vínculos jurídicos com fornecedores,

envolvendo, entre outras hipóteses, a contratação e utilização de serviços de fornecimento de energia elétrica, fornecimento de água, transporte e a aquisição de utensílios pessoais.<sup>150</sup>

Assim, quanto mais seguros estiverem os consumidores e fornecedores em relação ao cumprimento do pactuado, em sua quantidade e qualidade, maiores serão as chances destes virem a celebrar novos contratos, o que contribui com a dinamicidade do mercado e com o aumento na qualidade de vida.<sup>151</sup>

Contudo, como observado no capítulo anterior, o descumprimento de prerrogativas jurídicas dos consumidores pelas grandes corporações é um comportamento reiterado, que, embora possa trazer ganhos financeiros para os grandes fornecedores em casos específicos, em um contexto macroscópico, a longo prazo, tem o condão de fazer proliferar uma desconfiança por parte dos consumidores acerca do efetivo cumprimento dos contratos de consumo, o que não é, economicamente, desejável.

Ocorre que a relação de consumo apresenta, intrinsecamente, algumas distorções, em razão da vulnerabilidade técnica e financeira que o consumidor possui frente ao fornecedor. Por isso, considerando a relevância do equilíbrio entre as partes nas relações de consumo, o constituinte elevou a defesa do consumidor a um dos princípios da ordem econômica, conforme se depreende do art. 170, V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.<sup>152</sup>

A proteção do consumidor se dá, sobretudo, através das normas instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990. Entre as garantias materiais e processuais asseguradas ao consumidor pelo aludido diploma legal, pode-se mencionar a possibilidade de rescisão do contrato em caso de descumprimento da oferta pelo fornecedor, a inversão do ônus da prova, a flexibilização da escolha do foro onde será ajuizada a ação e a responsabilidade civil objetiva pela reparação dos danos causados em razão de defeito no produto ou serviço.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, merece destaque o instituto da responsabilidade civil objetiva, que é o principal instrumento de incentivo à prevenção de danos na seara consumerista. Acontece que a responsabilidade civil, na forma como vem sendo aplicada às relações de consumo, tem se mostrado insuficiente para o desestímulo do fornecimento de produtos e serviços deficitários. Em suma, a hipótese é a de que o valor das indenizações fixadas judicialmente, com fundamento nos pressupostos clássicos da

---

<sup>150</sup> LANA, Henrique Avelino R. P.; PATROCÍNIO, Daniel Moreira. Imperiosa reflexão mediante Análise Econômica do Direito - Law And Economics: dano eficiente nas relações de consumo. **Revista da PUC MINAS**. VirtuaJus (PUCMG), v. 9, 2011. p.10.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>152</sup> SCOTON, Luis Eduardo Brito. Análise Econômica do Direito do Consumidor: o Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 5, 2011. p. 7.

responsabilidade civil, não tem abrangido os danos em sua totalidade, de modo que os gastos com condenações passam a ser absorvidos pelos ganhos obtidos com a conduta danosa, fazendo perpetuar o uso predatório da justiça.

Nesse contexto, a análise econômica constitui ferramenta crucial para o engendramento de um diagnóstico mais preciso sobre as instabilidades existentes nas relações de consumo, bem como para a evidenciação de alternativas socialmente eficientes no que concerne à responsabilização civil dos fornecedores, a fim de que a precaução em relação a defeitos e acidentes se torne mais atraente do que a perpetração de danos.

Para tanto, é oportuno apresentar, primeiramente, algumas premissas básicas da economia que serão indispensáveis para o exame que se pretende realizar. Após, é conveniente discorrer sobre os aspectos gerais da responsabilidade civil nas relações de consumo, seus elementos e suas implicações. Por fim, feitas as enunciações preambulares, torna-se pertinente a análise econômica da responsabilidade civil nas relações de consumo e a explanação da alternativa que se mostra viável: a responsabilização por danos sociais.

#### **4.1.1 Algumas premissas da Economia incorporadas à Análise Econômica do Direito**

Conforme versado no primeiro capítulo, a Análise Econômica do Direito pauta-se pela aplicação de teorias e métodos econométricos no exame da solidez dos institutos jurídicos. Entre as premissas básicas da Economia, aproveitam à presente pesquisa a teoria da escolha racional, a noção de diretrizes jurídicas como estrutura de incentivos e o conceito de eficiência, as quais serão apresentadas, sucintamente, no presente tópico.

##### **4.1.1.1 Escolha racional**

A teoria da escolha racional consiste em um instrumental da Economia, que utiliza argumentos de base individualista para explicar as ações coletivas. Em outras palavras, trata-se de uma abordagem que parte da premissa de que os sistemas sociais podem ser elucidados a partir da observação do comportamento individual, assumindo a aceção de que os indivíduos deliberam racionalmente sobre as suas condutas.<sup>153</sup>

Segundo a aludida teoria, diante do contexto de escassez de recursos que marca as sociedades contemporâneas, as escolhas feitas pelos agentes sociais e econômicos são orientadas por um cálculo utilitarista, através do qual as alternativas de ações a serem tomadas

---

<sup>153</sup> CAMPOS, Mauro Macedo; BORSANI, Hugo; AZEVEDO, Nilo Lima de. Méritos e limites da teoria da escolha racional como ferramenta de interpretação do comportamento social e político. **Ciências Sociais Unisinos**, vol. 52, núm. 1, jan./abr. 2016. p. 101.



são dispostas hierarquicamente conforme o custo-benefício que se espera obter de cada uma delas.<sup>154</sup> A racionalidade, portanto, está na escolha dos meios menos custosos, entre aqueles disponíveis, para o alcance de um determinado fim.<sup>155</sup>

É preciso reconhecer que a tomada de ações pode ser afetada, também, por elementos culturais, históricos e psicológicos, bem como por erros de cálculos e assimetrias informacionais.<sup>156</sup> Contudo, isso não invalida a possibilidade de aplicação da teoria da escolha racional para o estudo dos comportamentos em determinadas circunstâncias, principalmente naquelas em que se verifica a repetitividade de certas condutas. Ademais, ainda que o indivíduo tenha o seu comportamento influenciado por fatores internos e externos, isso não significa que este tenha abdicado da busca pela maximização de ganhos pessoais.

#### 4.1.1.2 Diretrizes jurídicas enquanto estrutura de incentivos

A percepção das diretrizes jurídicas enquanto estrutura de incentivos está relacionada à noção de escolha racional. Se as ações individuais são orientadas a partir da ponderação entre custos e os benefícios esperados, é certo que o Direito, através de normas e decisões, tem o condão de estabelecer estímulos ou desestímulos à perpetração de determinadas condutas, uma vez que o abrandamento ou agravamento de certas sanções implicam, respectivamente, a atenuação ou a majoração dos prejuízos previstos.

Assim, adotando-se esse entendimento, pode-se afirmar que, através do aprimoramento de institutos jurídicos, é possível incentivar um comportamento cooperativo por parte dos agentes econômicos – fornecedores e consumidores –, aumentando a previsibilidade dos resultados dos seus atos e reduzindo a insegurança nas relações de consumo.<sup>157</sup>

#### 4.1.1.3 Eficiência

O conceito de eficiência desenvolvido pela Economia, quando aplicado no Direito, pode servir como instrumento de aferição das interpretações normativas e decisões judiciais que resultam na melhor alocação dos recursos e no maior bem-estar social. O cotejo da eficiência é um mecanismo capaz de aprimorar os institutos jurídicos enquanto estrutura de incentivos, uma

---

<sup>154</sup> MEIRELES, Fernando. Teoria da Escolha Racional: Limites e Alcances Explicativos. **Caos – Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, n. 22, dez. 2012. p. 60.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>156</sup> CAMPOS, *op. cit.*, p. 110-111.

<sup>157</sup> CAMPOS, Mauro Macedo; BORSANI, Hugo; AZEVEDO, Nilo Lima de. Méritos e limites da teoria da escolha racional como ferramenta de interpretação do comportamento social e político. **Ciências Sociais Unisinos**, vol. 52, núm. 1, jan./abr. 2016. p. 110-111.

vez que permite identificar, das escolhas possíveis, aquelas que produzem os estímulos e desestímulos mais satisfatórios, em conformidade com os interesses socioeconômicos.

Para a análise da eficiência, são dois os critérios tradicionalmente utilizados: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Pelo critério de Pareto, uma decisão é eficiente quando, a partir desta, for possível elevar o bem-estar de pelo menos um agente, sem que haja piora na situação dos demais.<sup>158</sup> Pelo critério de Kaldor-Hicks, por sua vez, uma mudança social pode ser considerada eficiente ainda que o aumento do bem-estar de um agente resulte na redução do bem-estar de outros, desde que os ganhos auferidos pela parte beneficiada compensem os prejuízos sofridos pela outra parte.<sup>159</sup>

Considerando que, no âmbito do Poder Judiciário, é comum que haja uma parte vencedora e uma parte sucumbente, a aplicabilidade do critério de eficiência engendrado por Pareto se mostra bastante reduzida.<sup>160</sup> Por isso, tendo em vista que mudanças na responsabilização civil geram implicações na esfera judicial, mostra-se mais viável, na análise econômica que se intenta realizar, a adoção do critério de eficiência articulado por Kaldor-Hicks.

#### 4.1.2 Responsabilidade civil nas relações de consumo

A responsabilidade civil consiste em um instituto jurídico voltado para o restabelecimento do equilíbrio patrimonial e extrapatrimonial, nos casos em que alguém, ao descumprir uma disposição contratual ou deixar de observar um preceito normativo, causa danos a outrem. Trata-se, assim, de um mecanismo que impõe ao causador do prejuízo o dever de compensar ou ressarcir a vítima, a fim de que o *status quo ante* seja restaurado.

As normas gerais atinentes à responsabilidade civil estão previstas no Código Civil, sendo possível, a partir da leitura dos arts. 186 e 927 do aludido diploma legal, extrair os elementos essenciais do instituto em apreço. Em suma, para que alguém seja civilmente responsabilizado, é preciso que os seguintes pressupostos estejam verificados: a) conduta, seja esta comissiva ou omissiva; b) dano, consistente em uma lesão a um interesse tutelável; c) nexo causal, isto é, o liame entre a conduta e o dano; d) nexo de imputação, ou seja, a culpa ou o

<sup>158</sup> GARCIA, Fernando. Texto introdutório do livro: PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. de

João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 13.

<sup>159</sup> LEMOS, Alan. **Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do Direito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>>. Acessado em 26 fev. 2018.

<sup>160</sup> NIED, Paulo Sergio. O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade. In: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 4303.

dolo, quando tratar-se de responsabilidade subjetiva, ou o risco criado, quando trata-se de responsabilidade objetiva.

As hipóteses regidas pelo Código Civil são, em regra, submetidas à responsabilidade subjetiva, a qual condiciona a reparação à demonstração da culpa ou do dolo do agente danoso. Contudo, tratando-se de relação de consumo, aplicam-se as disposições específicas contidas no Código de Defesa do Consumidor, as quais preveem, em regra, a responsabilidade objetiva, que dispensa a demonstração da culpa ou dolo, tendo em vista que, pela teoria do risco criado, o fornecedor assume o encargo de reparar os danos causados com a exploração da sua atividade econômica.

Considera-se relação de consumo aquela que tem como objeto a circulação de produtos ou serviços e que tem como partes o fornecedor e o consumidor.<sup>161</sup> Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do fornecedor subdivide-se em duas categorias: a) responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço; b) responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço.

Ambas as modalidades de responsabilidade civil previstas no Código de Defesa do Consumidor nascem em razão de defeitos apresentados pelo produto ou serviço. Contudo, o fato está relacionado a defeito no produto ou serviço que dá causa a um acidente de consumo, implicando danos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial ao consumidor, enquanto o vício diz respeito a defeito intrínseco ao produto ou serviço – de natureza quantitativa ou qualitativa –, que tem o condão de torná-lo inadequado para o uso a que se destina.<sup>162</sup>

Entre os princípios que regem a responsabilidade civil nas relações de consumo, merecem destaque o princípio da prevenção e o princípio da reparação integral. Conforme assevera Sérgio Cavalieri Filho, os aludidos princípios justificam, respectivamente, a função acautelatória e a função ressarcitória que assume a responsabilidade civil na sociedade contemporânea.<sup>163</sup>

O princípio da reparação integral está previsto no art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”, bem como no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece como um dos direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Trata-se de preceito que busca assegurar à pessoa lesada a satisfatória compensação pelos prejuízos suportados, sem que haja um enriquecimento injustificado por parte desta.

---

<sup>161</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 517.

<sup>162</sup> *Ibidem*. p. 518.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 515.

O princípio da prevenção, por sua vez, encontra amparo no supracitado art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor e decorre da necessidade de consagração de um direito proativo, que ofereça efetiva proteção aos interesses vulneráveis e que estimule os sujeitos a adotarem comportamentos socialmente harmônicos, a fim de evitar a consumação de novos danos ou, pelo menos, reduzir a magnitude destes.<sup>164</sup>

Nesse contexto, o dano figura como elemento central da responsabilidade civil. Conforme versado acima, a demonstração da culpa, enquanto pressuposto da responsabilização, pode ser dispensada; contudo, não há que se falar em reparação ou compensação sem que o prejuízo esteja verificado. Assim, a fim de apurar a eficiência da responsabilidade civil, na forma como esta vem sendo aplicada nas relações de consumo, e conceber alternativas para o desestímulo à perpetração de condutas lesivas, é necessário discorrer sobre as hipóteses de danos ressarcíveis.

#### 4.1.2.1 O dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil

O dano consiste na lesão a um bem jurídico ou a um interesse tutelável, que decorre de uma violação de natureza contratual ou extracontratual e que pode se apresentar tanto na esfera patrimonial quanto na esfera extrapatrimonial do ofendido. Trata-se de uma afronta que traduz-se na ideia de prejuízo, perda e subtração, que pode atingir o indivíduo em sua singularidade ou trazer consequências de cunho metaindividual, isto é, para uma coletividade.<sup>165</sup>

É importante asseverar que, no ordenamento jurídico brasileiro, nem toda espécie de dano está contemplada pela responsabilidade civil. Tradicionalmente, são dois os tipos de danos ressarcíveis: o dano material e o dano moral. Enquanto o dano material atinge os bens integrantes do patrimônio do ofendido, causando uma perda pecuniária, o dano moral constitui uma agressão a direitos da personalidade, como aqueles arrolados pelo art. 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saber, a intimidade, a honra e a imagem.<sup>166</sup>

Contudo, nas últimas décadas, tem-se verificado a eclosão de um fenômeno de ampliação da ressarcibilidade dos danos. Em consonância com o princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal, interesses que antes eram ignorados pela responsabilidade civil passaram, paulatinamente, a ser considerados merecedores de tutela

<sup>164</sup> ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Volume 3. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

<sup>165</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 89-90.

reparatória.<sup>167</sup> Um exemplo disso está no Enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que traz a seguinte redação: “a expressão ' dano ', no art. 944 [do Código Civil], abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos [...]”.<sup>168</sup>

Entre as novas espécies de danos, aquelas que têm se destacado no âmbito doutrinário e jurisprudencial são as seguintes: a) dano estético, caracterizado pela ofensa à integridade física do indivíduo; b) dano pela perda de uma chance, quando alguém, injustamente, retira de outrem a oportunidade de obter um ganho futuro ou de evitar um prejuízo; c) dano moral coletivo, correspondente a aquele que atinge os direitos da personalidade em seu aspecto individual homogêneo ou coletivo, em que os ofendidos são indivíduos determinados ou determináveis; d) dano social, decorrente de violações a direitos difusos, que tem como vítima a própria sociedade ou um grupo de pessoas indeterminadas ou indetermináveis.

Reconhecer que a sociedade está em constante transformação e que, com o passar dos anos, novas tendências de comportamento tendem a surgir, significa admitir a possibilidade de que modalidades de danos antes ignoradas pelo Direito possam ganhar magnitude e se tornar merecedoras de tutela reparatória. Deve-se atentar, contudo, que o reconhecimento descriterioso de novas espécies de danos pode levar à banalização deste instituto e prejudicar o grupo de lesados que se intenta proteger.

Assim, deve-se investigar se a ineficiência da responsabilidade civil no que concerne ao desestímulo de condutas lesivas no âmbito das relações de consumo tem relação com a defasagem das categorias de danos ressarcíveis atualmente consagradas pelo Direito e de que forma essa deficiência poderia ser corrigida, a fim de desincentivar comportamentos antissociais e prevenir o uso predatório da justiça.

No presente trabalho, contudo, a aludida investigação deve se voltar para a análise da viabilidade do reconhecimento do dano social e a eficiência da sua ressarcibilidade, porquanto, como se verá adiante, trata-se da espécie que contempla os prejuízos acarretados pelo uso predatório da justiça.

#### **4.1.3 A viabilidade e eficiência do reconhecimento do dano social como nova espécie de dano ressarcível**

---

<sup>167</sup> SCHREIBER, Anderson. As novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, nº 22, ano 13, 2005, Padma, Rio de Janeiro. p. 58.

<sup>168</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2012. p. 74-75. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

Conforme observado no segundo capítulo da presente pesquisa, quase metade das ações que ingressam nos Juizados Especiais da Justiça Estadual são cadastradas como ações relativas ao direito do consumidor. No aludido segmento da Justiça, os valores das condenações ao pagamento de indenizações por danos morais estão situados, em regra, entre as faixas de R\$ 2.000,00 à R\$ 5.000,00, segundo o relatório Perfil do acesso à justiça nos Juizados Especiais Cíveis.<sup>169</sup>

As indenizações por danos materiais, por sua vez, correspondem, quase sempre, ao prejuízo patrimonial sofrido pela vítima, tendo como piso e como teto a extensão deste, em observância ao princípio da reparação integral. O Código Civil estatuiu a possibilidade de que a indenização seja reduzida equitativamente, não abrangendo todo o prejuízo perpetrado, em duas hipóteses: quando tratar-se de responsabilidade civil de incapaz (art. 928, parágrafo único) e quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 944, parágrafo único). Contudo, na prática, são poucos os casos que recebem a aplicação dos mencionados dispositivos.

A fim de demonstrar como se daria a aplicação desses preceitos indenizatórios, cabe mencionar, a título exemplificativo, o caso da companhia aérea que induzia a erro os seus consumidores, adicionando, automaticamente, no momento de compra das passagens aéreas, um seguro viagem com tarifa média de R\$ 3,00, cobrança que, posteriormente, foi reconhecida indevida.<sup>170</sup>

Levando-se em consideração os parâmetros indenizatórios supracitados, em uma ação judicial que tem como objeto a reparação de um consumidor lesado pela aludida companhia aérea, estando cumpridos os requisitos da responsabilidade civil, a fornecedora seria condenada ao pagamento de R\$ 3,00 a título indenização por danos materiais e ao pagamento de até R\$ 5.000,00 a título de indenização por danos morais.

Trata-se de uma condenação com valores irrisórios, tendo em vista que somente uma parcela dos consumidores lesados leva o conflito até o Poder Judiciário – o próprio valor das custas processuais supera o valor da tarifa do seguro viagem – e porque os ganhos obtidos pela

---

<sup>169</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis**. Brasília, 2015. p. 77. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>170</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Quinta Vara Cível da Circunscrição Especial de Brasília. Proc. nº 2011.01.1.165269-6. Juíza prolatora da sentença: Lucimeire Maria da Silva. Data do julgamento: 24/07/2013. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=63&CDNUPROC=20110111652696>. Acesso em: 23 abr. 2018.

fornecedora com a conduta lesiva alcançam quantias estratosféricas. Supondo-se que 50.000 consumidores tenham sido lesados pela companhia aérea, os ganhos obtidos com as cobranças indevidas alçariam o montante de R\$ 150.000,00.

O que se percebe é que a responsabilidade civil, na forma como vem sendo aplicada, não tem cumprido o seu papel de desincentivo a condutas antissociais e de prevenção de danos. Ocorre que as espécies de danos reconhecidas tradicionalmente já não contemplam, em sua totalidade, os prejuízos que se apresentam hodiernamente em razão de comportamentos lesivos adotados por grandes corporações. Desta forma, condenações como a exemplificada acima tornam-se ineficientes, porque deixam de considerar o contexto em que estão inseridas, ignorando as suas consequências socioeconômicas e determinando o pagamento de indenização aquém das perdas efetivamente suportadas, as quais atingem não só a vítima como também a coletividade.

Como já explanado, o uso predatório da justiça por parte das grandes corporações, com o contumaz desrespeito a prerrogativas jurídicas dos consumidores e a adoção de uma atitude protelatória pelos fornecedores, gera um exacerbado quantitativo de ações judiciais e traz diversos prejuízos para a coletividade, como o congestionamento do Poder Judiciário, a morosidade processual, a elevação do custo operacional da atividade jurisdicional e a precarização das decisões judiciais.

Assim, defende-se que é imprescindível o reconhecimento do dano social como espécie de dano ressarcível, para que a responsabilidade civil cumpra a sua função dissuasória em relação aos conflitos que se apresentam hodiernamente, sobretudo no que concerne ao fenômeno do uso predatório da justiça.

Os danos sociais, conforme assevera Antônio Junqueira de Azevedo, consistem em "lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida". Tratam-se de prejuízos decorrentes da reiteração de práticas ilícitas pelos grandes conglomerados econômicos, cuja reparação é destinada não ao autor do processo em sua individualidade, mas à coletividade ou a um grupo difuso, sendo a indenização voltada para uma entidade ou instituição que atenda aos interesses sociais em jogo.<sup>171</sup>

Se os agentes econômicos fazem escolhas racionais, orientando-as a partir do cálculo de custo-benefício, é certo que as grandes corporações, ao decidirem sobre o processo de

---

<sup>171</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. IN: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 382.

produção e circulação de bens ou serviços, levam em consideração os gastos que poderiam advir de indenizações decorrentes de defeitos apresentados.

Nesse sentido, a obstrução da evolução da responsabilidade civil, com a oclusão desta em seus elementos clássicos, faz com que as condutas lesivas perpetradas pelas grandes corporações gerem perspectiva de danos eficientes – uma das causas do uso predatório da justiça –, tendo em vista que os ganhos provenientes do desrespeito a garantias consumeristas superam as despesas esperadas com indenizações por danos materiais e morais.

O mesmo não se verifica quando a obrigação de reparar ou compensar os danos sociais é assentada, porquanto as despesas arcadas pelo fornecedor com indenizações passam a abarcar os prejuízos em sua totalidade, tornando ineficientes os danos resultantes de lesões aos consumidores e fazendo com que a responsabilidade civil e as decisões judiciais sirvam, efetivamente, como estrutura de desincentivo a comportamentos socialmente reprováveis.

Ademais, pelo critério de eficiência de Kaldor-Hicks, o reconhecimento do dano social como espécie de dano ressarcível consiste em uma mudança eficiente do sistema de responsabilização civil. Isto porque, embora implique a elevação dos riscos experimentados pelos grandes fornecedores, o aludido instituto tem o condão fortalecer a segurança dos consumidores no que concerne à contratação de produtos ou serviços, proporcionando maior dinamicidade ao mercado e amplificando o bem-estar social.

## 4.2 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS SOCIAIS

Conforme já asseverado, os danos sociais constituem-se em lesões à coletividade ou à um grupo de direito difuso, sendo a sua reparação ou compensação destinada a um fundo, entidade ou instituição que atenda a interesses sociais. Assim, tecidas as considerações preambulares sobre os danos sociais, mister se faz um aprofundamento acerca da aplicabilidade do referido instituto, com a explanação da natureza jurídica da respectiva indenização, dos requisitos de sua ressarcibilidade, entre outras questões relevantes.

### 4.2.1 Natureza jurídica da indenização por danos sociais

Consideração interessante que pode ser extraída da jurisprudência é a de que a indenização por danos sociais consiste, ao mesmo tempo, em instituto de direito material e em instituto de direito processual. Esse é o entendimento do Dr. Fernando Antônio de Lima, magistrado do Juizado Especial Cível e Criminal de Jales/SP, que, em decisão paradigmática, asseverou que a indenização por danos sociais possui fundamento tanto na responsabilidade



civil (direito material), porque visa ao ressarcimento dos prejuízos causados à coletividade, quanto no poder geral de efetivação das decisões judiciais (direito processual), porquanto funciona como meio de coerção indireta, a fim de que haja a cessação da perpetração de condutas lesivas por parte das grandes corporações.<sup>172</sup>

Enquanto instituto da responsabilidade civil, a indenização por danos sociais está alicerçada no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê como direito básico do consumidor a prevenção e reparação de danos difusos. Na qualidade de mecanismo de efetivação da decisão judicial que intenta solucionar um conflito social subjacente, a indenização por danos sociais tem como base o art. art. 139, IV, do Código de Processo Civil, o qual concede ao juiz o poder de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”.

#### 4.2.2 Diferenças entre danos sociais e danos morais coletivos

Por envolverem, ambos, lesões a direitos que transcendem a individualidade, os danos sociais e os danos morais coletivos são, muitas vezes, objeto de confusão. Contudo, pelo menos três diferenças entre as aludidas espécies de danos podem ser verificadas, as quais podem ser classificadas quanto: a) à repercussão da lesão; b) ao grupo ofendido; c) à destinação da reparação ou compensação.

No que concerne à repercussão da lesão, os danos sociais podem ser tanto de ordem patrimonial – quando causam perda pecuniária –, quanto de ordem extrapatrimonial – caso haja ofensa a direitos da personalidade. Os danos morais coletivos, por sua vez, repercutem somente no âmbito extrapatrimonial.<sup>173</sup>

Em relação aos ofendidos, tem-se que, tratando-se de danos sociais, a vítima é a própria sociedade ou um grupo de pessoas indeterminadas ou indetermináveis, uma vez que tal espécie de dano decorre de uma violação a direitos difusos (art. 81, I, do CDC). Os danos morais coletivos, por seu turno, possuem como vítimas indivíduos determinados ou determináveis, porquanto consistem em ofensas a direitos da personalidade em seu aspecto individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito (art. 81, II e III, do CDC).<sup>174</sup>

<sup>172</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Jales. Proc. nº 1507/2013. Juiz prolator da sentença: Fernando Antônio de Lima. Data do julgamento: 10/10/2013. p. 41-48.

Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=53862>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>173</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 366.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 369.

Por fim, no que diz respeito à destinação da reparação ou compensação, é importante asseverar que a indenização pelos danos morais coletivos volta-se para as próprias vítimas, em razão da determinabilidade destas, enquanto que a indenização pelos danos sociais, por envolver um grupo indeterminado, é revertida para um fundo, entidade ou instituição que atenda aos interesses difusos relacionados ao prejuízo causado, tal como o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, regulamentado pela Lei 9.008/95.<sup>175</sup>

#### **4.2.3 Requisitos para a aplicação da indenização por danos sociais**

Além dos pressupostos básicos da responsabilidade civil objetiva – conduta, dano e nexo causal –, a jurisprudência tem reconhecido que, para a ressarcibilidade dos danos sociais, é necessário que estejam preenchidos alguns requisitos específicos, a fim de que não haja a banalização do aludido instituto.

Conforme assevera o Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, são quatro os requisitos próprios da responsabilização por danos sociais: a) o causador do dano deve tratar-se de grande corporação, isto é, de pessoa jurídica com atuação transnacional, nacional ou regional; b) deve estar verificado o caráter contumaz da conduta lesiva; c) o dano deve ter a capacidade de atingir a coletividade ou um grupo de pessoas indeterminadas ou indetermináveis; d) o fato transgressor deve ser relevante, de modo que produza alterações significativas na ordem patrimonial ou extrapatrimonial da coletividade.<sup>176</sup>

#### **4.2.4 Legitimidade para pleitear a indenização por danos sociais**

Uma das questões controvertidas acerca da responsabilização por danos sociais diz respeito aos legitimados para pugnar pela indenização a título de reparação ou compensação. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que não cabe ao particular, por meio de ação individual, requerer a indenização por danos sociais, argumentando que, por envolver direitos e interesses da coletividade, a aludida indenização só pode ser pleiteada em ação coletiva pelos entes legitimados para a sua interposição, tais como os

<sup>175</sup> MARINHO, João Henrique de Brito. **Os danos sociais e a atuação do Judiciário na concretização da função social da responsabilidade civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55737>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>176</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Jales. Proc. nº 1507/2013. Juiz prolator da sentença: Fernando Antônio de Lima. Data do julgamento: 10/10/2013. p. 7-8. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=53862>. Acesso em: 13 mar. 2018.

previstos pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor – o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, entre outros.<sup>177</sup>

Contudo, há que se atentar ao fato de que o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 83, estabelece que a defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, pode ser feita mediante a interposição de qualquer espécie de ação, bastando que esta seja capaz de propiciar uma adequada e efetiva tutela. O referido dispositivo legal tem o condão de ampliar os meios de proteção dos interesses transindividuais e serve como fundamento para a ressarcibilidade dos danos sociais através de ações individuais, desde que estas atuem de maneira efetiva no que concerne ao desestímulo de condutas lesivas à coletividade.<sup>178</sup>

#### **4.2.5 Possibilidade de condenação, de ofício, ao pagamento de indenização por danos sociais**

Outra questão que é objeto de debate doutrinário e jurisprudencial diz respeito à possibilidade de aplicação, de ofício, da indenização por danos sociais ou se condenações desta natureza viriam a ferir normas constitucionais ou processuais.

Um primeiro entendimento é o de que a condenação, de ofício, ao pagamento de indenização por danos sociais, em favor de uma instituição que não teve participação na contenda judicial, extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, além de ofenderem os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, decisões nesse sentido implicam violação aos arts. 128 e 460 do CPC/1973 – equivalentes, respectivamente, aos arts. 141 e 492 do CPC/2015 –, que consagram o princípio da congruência, segundo o qual é vedado ao juiz decidir sobre questões não suscitadas e condenar a parte em objeto diverso do que lhe foi demandado.<sup>179</sup>

Diferente posicionamento é adotado pelo doutrinador Flávio Tartuce, o qual, com fundamento no art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, aduz que as normas de proteção e defesa do consumidor, tanto as de âmbito individual quanto as de âmbito difuso, consistem em normas de ordem pública e interesse social, as quais são inafastáveis pela vontade das partes e podem ser aplicadas de ofício pelo magistrado a qualquer tempo ou grau de jurisdição.<sup>180</sup> Nesse sentido, não haveria óbice para a fixação, de ofício, da indenização por danos sociais, desde

<sup>177</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção. Reclamação nº 13200 GO (2013/0197835-7).

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 08/10/2014. Data de Publicação: DJe 14/11/2014.

<sup>178</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *op. cit.*, p. 55-56.

<sup>179</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção. Reclamação nº 12062 GO (2013/0090064-6).

Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 12/11/2014. Data de Publicação: DJe 20/11/2014.

<sup>180</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 367.

que as partes tenham sido devidamente intimadas para se manifestar a respeito, nos termos do art. 10 do Código de Processo Civil, evitando decisão surpresa e garantindo a ampla defesa e o contraditório.

#### **4.2.6 Identificação das demandas predatórias e mensuração dos danos sociais através dos Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas de Massa**

Para que a ressarcibilidade dos danos sociais se dê de maneira eficiente, reparando os prejuízos sofridos pela coletividade e desestimulando a reiteração de condutas lesivas, é preciso que o magistrado tenha acesso a mecanismos de identificação e compreensão dos litígios repetitivos em sua dimensão macroscópica. Pensando nisso, o Conselho Nacional de Justiça, através da Portaria nº 148 de 5 de novembro de 2015, instituiu um grupo de estudo com vistas à criação de Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas de Massa no âmbito dos Tribunais de Justiça brasileiros.<sup>181</sup>

Segundo Antônio Silveira Neto, ex-presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, os Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas de Massa devem ser compostos por equipes multidisciplinares, contando com juízes, estatísticos, técnicos de tecnologia da informação, entre outros profissionais que possam contribuir para a análise dos conflitos repetitivos.<sup>182</sup> Entre os objetivos dos aludidos Centros de Inteligência, destacam-se os seguintes:

- a) Identificar os litígios e suas causas; b) Estimar o custo por processo das demandas identificadas, e o custo total das demandas em massa analisadas; c) Uma vez identificado o litígio, analisar e sugerir mudanças procedimentais que a empresa/instituição deva tomar com a finalidade de pôr termo e dar solução ao problema; d) Convocar a empresa/instituição para debater a possibilidade de implementação de mudanças com o objetivo de solucionar o problema; e) Dialogar com as agências reguladoras ou entidades de supervisão do setor da empresa/instituição envolvida; f) Emitir boletins/relatórios com informações aos juízes sobre posturas que indiquem a indevida utilização do sistema judicial, com a identificação dos agentes; g) Apurar o potencial do montante global do prejuízo imposto à sociedade e o valor embolsado com a violação em sua totalidade, considerando o número de pessoas lesadas, como elemento de informação para arbitramento das eventuais indenizações, com objetivo de integral reparação e ao mesmo tempo coibir a reiteração de práticas ilícitas.<sup>183</sup>

<sup>181</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria nº 148 de 5 de novembro de 2015. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/portaria-n148-05-11-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n148-05-11-2015-presidencia.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2018.

<sup>182</sup> SILVEIRA NETO, Antônio. Conflitos de massa e gestão dos processos judiciais. In: MORAES, Vânia Cardoso Andrade de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016. p. 226.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 227.

Com a implementação de uma estrutura voltada para a coleta e exame de dados relacionados aos conflitos repetitivos, torna-se viável a identificação das demandas judiciais predatórias, nas quais se verifica a perpetração contumaz de condutas lesivas e a adoção de uma atitude protelatória por parte das grandes corporações. Além disso, torna-se possível a mensuração do valor global dos prejuízos sofridos pela coletividade e dos lucros obtidos pelos grandes conglomerados econômicos com as reiteradas violações a prerrogativas consumeristas, orientando o magistrado na quantificação da indenização por danos sociais.

#### **4.2.7 Precedentes**

A fim de tornar mais compreensível como, na prática, se dá a ressarcibilidade dos danos sociais, é pertinente a análise de dois interessantes julgados. O primeiro caso diz respeito a uma ação de reparação por danos materiais e morais interposta por uma consumidora contra a empresa responsável pela realização do concurso de loteria denominado Toto Bola, em razão da existência de fraude nos sorteios.

Como a indenização por dos danos materiais equivalia à, apenas, R\$ 10,00 – valor total das dez cartelas compradas pela consumidora –, e não caracterizados danos morais, a Terceira Turma Recursal Cível da Comarca de Capão da Canoa/RS condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos sociais correspondente ao valor de R\$ 10.400,00, sendo a verba destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, por entender que a fraude aos sorteios gerou prejuízos a toda a coletividade de consumidores que participava do concurso. Veja-se a ementa do julgado:

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.
2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.

3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.
4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. Recurso parcialmente provido.<sup>184</sup>

O segundo caso consiste em uma ação interposta por um segurado contra uma seguradora, em razão da negativa de cobertura dos gastos decorrentes da internação para tratamento de infarto de miocárdio. O argumento da seguradora era o de que não havia sido superado o prazo de 24 meses de carência de atendimento previsto no contrato de seguro. Ocorre que é sedimentado na jurisprudência o entendimento de que, tratando-se de caso de urgência ou emergência, é abusiva a negativa de cobertura de atendimento a pretexto de que está em curso período de carência.

Assim, além de condenar a seguradora ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fixou indenização por danos sociais correspondente ao montante de R\$ 1.000.000,00, em razão da perpetração reiterada de negativas abusivas da empresa contra consumidores com base no prazo de carência, mesmo tendo sido sucumbente em diversas ações similares. A corte determinou que a indenização fosse destinada ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Colaciono a seguir a ementa do julgado:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se

---

<sup>184</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível Nº 71001249796 RS. Relator: Eugênio Facchini Neto. Data de Julgamento: 27/03/2007. Data de Publicação: DJ 16/04/2007.

coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte.<sup>185</sup>

Tais precedentes denotam que, embora haja necessidade de um debate mais aprofundado sobre determinadas questões relativas aos danos sociais – como a legitimidade para pleitear a respectiva indenização e a possibilidade de aplicação de ofício desta –, é viável e justificável, na prática jurisdicional, a ressarcibilidade dos danos sociais, a fim de coibir o uso predatório da justiça, agindo sobre suas causas e não apenas sobre seus efeitos.

#### 4.3 A ADJUDICAÇÃO PRAGMÁTICA NAS DEMANDAS JUDICIAIS PREDATÓRIAS

Conforme explicitado no segundo capítulo, demandas judiciais predatórias são aquelas nas quais se verifica a instrumentalização do Poder Judiciário, por parte de grandes corporações, para violar garantias jurídicas reconhecidas aos consumidores e, com isso, potencializar a obtenção de lucros.

Viu-se que uma das alternativas para o enfrentamento do uso predatório da justiça é a aplicação de indenização pelos danos sociais decorrentes do aludido fenômeno, advindos, sobretudo, do congestionamento do poder judiciário, da morosidade processual, do aumento dos custos da atividade jurisdicional e da precarização das decisões judiciais. Resta verificar, agora, se, do ponto de vista pragmático do direito, a ressarcibilidade dos referidos danos é a solução que produz os melhores resultados.

Defende o pragmatismo jurídico de Posner que a decisão judicial deve ser construída com base em fatos e consequências, evitando conceitualismos e generalidades, a fim de promover um olhar concreto sobre os problemas enfrentados pelo Direito. Para o pragmatista, não há que se falar em autonomia do direito, tendo em vista que, em determinados cenários, ocorre um esgotamento do raciocínio jurídico convencional e os juízes são compelidos a empregar métodos informais, sendo admissível ao magistrado fazer uso de quaisquer conhecimentos e informações relevantes, ainda que alheios à esfera do direito positivo.

Tais proposições tornam justificável a utilização, pelo magistrado, de premissas da economia – como a teoria da escolha racional, a noção de diretrizes jurídicas como estrutura de

<sup>185</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 0027158-41.2010.8.26.0564. Relator: Teixeira Leite. Data de Julgamento: 18/07/2013. Data de Publicação: DJ 19/07/2013.

incentivos e o conceito de eficiência – como instrumento de formulação da decisão judicial nas demandas predatórias, porquanto tem o condão de orientar a investigação das alternativas viáveis, servindo, assim, como sustentáculo para decisões mais seguras e coerentes com o seu entorno socioeconômico.

A análise econômica da responsabilidade civil nas relações de consumo revela que as espécies de danos reconhecidas tradicionalmente – dano material e dano moral – já não contemplam, em sua totalidade, os prejuízos que se apresentam hodiernamente em razão de comportamentos lesivos adotados por grandes conglomerados econômicos, de modo que as violações a garantias consumeristas geram perspectiva de lucro.

Nesse sentido, a análise econômica indica que o reconhecimento dos danos sociais e o assentamento de sua ressarcibilidade mostra-se uma escolha eficiente no que concerne ao desincentivo ao uso predatório da justiça, uma vez que as grandes corporações passam a ser responsabilizadas pelos prejuízos perpetrados contra a coletividade – antes ignorados –, fazendo com que os gastos com indenizações superem os ganhos advindos das condutas lesivas, tornando menos atrativa a perpetração destas.

Assim, a aplicação da indenização por danos sociais, com a verificação do preenchimento dos seus requisitos, a orientação de sua mensuração através dos dados fornecidos pelos Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas em Massa e o exame de sua eficiência por meio da análise econômica do direito, conduz à adjudicação pragmática nas demandas predatórias, tendo em vista que a decisão judicial é engendrada com base em fatos e informações concretas.

Ademais, a ressarcibilidade dos danos sociais é a alternativa que apresenta as melhores consequências sistêmicas e de longo prazo, considerando que o aludido instituto fortalece a segurança dos consumidores no que concerne à contratação de produtos ou serviços, proporcionando maior dinamicidade ao mercado e amplificando o bem-estar social. Em suma, a indenização por danos sociais desponta como a melhor solução diante de ações judiciais nas quais se verifica o uso predatório da justiça.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou explicitar o fenômeno do uso predatório da justiça, tendo como justificativa a relevância dos impactos sociais sistêmicos decorrentes da aludida problemática, os quais se verificam quando se leva em consideração o atual contexto de crise numérica de processos que assola o Poder Judiciário brasileiro. Embora não tenha havido um esgotamento dos debates sobre o tema, tendo em vista todos os desdobramentos possíveis, o presente estudo alcançou, satisfatoriamente, os objetivos propostos, confirmando as hipóteses levantadas.

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre a Análise Econômica do Direito, corrente do pensamento que defende a possibilidade de emprego das premissas econômicas no exame dos fenômenos e institutos jurídicos. Abordando o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, desde os seus precursores até a sua consagração como disciplina autônoma, demonstrou-se que esta abordagem interdisciplinar possibilita uma melhor compreensão acerca dos impactos socioeconômicos das decisões jurídico-políticas, permitindo que o magistrado avalie a eficiência de cada uma delas, dispondo os recursos de acordo com seu uso mais valioso.

Entre os trabalhos expoentes da Análise Econômica do Direito, deu-se destaque às obras de Richard Posner, autor responsável pela sistematização do emprego das premissas da microeconomia aos mais amplos ramos do conhecimento jurídico. Asseverou-se que Posner, em seus primeiros escritos, era adepto de uma visão efficientista do Direito, cuja máxima era a de que a solução dos conflitos jurídicos tem como finalidade última a maximização da riqueza na sociedade. Salientou-se, contudo, que, na década de 1990, ocorreu o que se chamou de guinada pragmática de Posner, quando os métodos econométricos passaram a ser percebidos por Posner como meros auxiliares na comprovação da solidez das decisões judiciais, sem a pretensão de justificar, a partir destes, o modo como os direitos devem ser delimitados.

Em suma, defende o Pragmatismo Jurídico de Posner que a decisão judicial deve ser construída com base em fatos e consequências, evitando conceitualismos e generalidades, a fim de promover um olhar concreto sobre os problemas enfrentados pelo Direito. Para o pragmatista, não há que se falar em autonomia do Direito, tendo em vista que, em determinados cenários, ocorre um esgotamento do raciocínio jurídico convencional e os juízes são compelidos a empregar métodos informais, sendo admissível ao magistrado fazer uso de quaisquer conhecimentos e informações relevantes, ainda que alheios à esfera do direito positivo, justificando a utilização instrumental dos postulados e princípios econômicos.

Apresentado o marco teórico, procedeu-se, no segundo capítulo, à definição do fenômeno do uso predatório da justiça, com a enunciação de suas características, causas e consequências. Conceituou-se o uso predatório da justiça como o abuso do direito de acesso à justiça, caracterizado pelo excessivo acionamento do Poder Judiciário imposto aos consumidores por grandes corporações, em razão do reiterado descumprimento de prerrogativas jurídicas daqueles por estas, em concomitância com o abuso do direito de defesa, mediante a adoção de uma atitude protelatória, por parte dos grandes conglomerados econômicos, com o fito de postergar o adimplemento da obrigação.

Os elementos característicos das demandas predatórias puderam ser delineados a partir da análise dos dados contidos em três relatórios publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, a saber, os relatórios “Justiça em Números”, “100 Maiores Litigantes” e “Perfil do acesso à justiça nos Juizados Especiais Cíveis”. São características que denotam a existência do uso predatório da justiça: a) a representatividade do volume de ações judiciais relacionadas ao direito do consumidor; b) a similitude das questões fáticas e jurídicas destas demandas; c) a reiterada figuração de grandes corporações no polo passivo destes processos; d) a adoção de uma atitude protelatória por parte das grandes corporações.

Viu-se que pelo menos duas causas podem ser atribuídas ao uso predatório da justiça: o dano eficiente e as vantagens obtidas com a litigância habitual. O dano eficiente diz respeito a situações nas quais os lucros obtidos com a conduta lesiva perpetrada pelas grandes corporações em face dos consumidores superam os gastos esperados com indenizações. Trata-se de prática adotada por alguns fornecedores quando, ao procederem à análise de custo-benefício, verificam ser mais rentável, do ponto de vista econômico, oferecer produtos ou serviços defeituosos, desrespeitando prerrogativas consumeristas e pagando eventuais indenizações judiciais, do que adequá-los às normas técnicas expedidas pelos órgãos competentes.

Ademais, a assiduidade com que algumas grandes corporações respondem a ações judiciais traz a estas uma série de conveniências de curto e longo prazo, elevando suas chances de sucesso nas cortes e potencializando os ganhos obtidos com o dano eficiente, diferentemente dos consumidores, que recorrem ao poder judiciário de maneira individual e ocasional. Em síntese, são cinco as vantagens obtidas pelas grandes corporações com a litigância habitual: a) maior capacidade de planejamento dos litígios; b) realização de economia de escala; c) desenvolvimento de relações informais com os membros da instituição julgadora; d) diluição dos riscos da demanda; e) possibilidade de testar estratégias.

Foi apresentado um caso paradigmático, que exemplifica como a justiça pode ser utilizada de maneira predatória por grandes corporações. Trata-se do caso relacionado à fabricação e comercialização do Ford Pinto, um carro subcompacto desenvolvido pela Ford Motor Company, a qual, mesmo sabendo que uma falha de segurança do veículo levaria a diversos acidentes fatais, decidiu lançá-lo, diante da estimativa de que os lucros com as vendas alcançariam o montante de \$ 137.000.000 e as despesas com indenizações chegariam à \$ 49.500.000.

Denotou-se, ainda, que o uso predatório da justiça traz diversas consequências deletérias sentidas por toda a sociedade, as quais apontam para a necessidade de superação do aludido fenômeno. Entre os efeitos perniciosos verificáveis, foram destacados os seguintes: a) o congestionamento do Poder Judiciário; b) a morosidade processual; c) a elevação do custo operacional da atividade jurisdicional; d) a precarização das decisões judiciais.

Ressaltou-se que o enfrentamento das demandas predatórias tem sido feito com foco no tratamento das consequências em vez das causas, elevando-se os recursos financeiros destinados ao aparato jurisdicional e adotando-se técnicas de manejo processual em massa, como a padronização das decisões judiciais, a abreviação dos ritos processuais, os julgamentos por amostragem e a expansão dos obstáculos formais à admissibilidade de recursos. Deste modo, além de haver um agigantamento do Poder Judiciário, com a retroalimentação da demanda pela prestação jurisdicional, há uma diminuição na qualidade das decisões judiciais.

Por isso, o terceiro capítulo foi destinado à análise econômica da responsabilidade civil nas relações de consumo, a fim de possibilitar um diagnóstico sobre a forma como as indenizações têm sido aplicadas nas demandas predatórias e se estas condenações têm cumprido o seu papel de desincentivo a condutas antissociais, observando os princípios da reparação integral e da prevenção de danos, previstos no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade civil nas relações de consumo é, em regra, objetiva, de modo que esta tem como pressupostos somente a conduta ilícita, o dano e o nexo causal, dispensando a comprovação da culpa. O que restou verificado é que as espécies de danos tradicionalmente reconhecidas – dano material e dano moral – não contemplam, em sua totalidade, os prejuízos provocados pelo uso predatório da justiça, porque deixam de considerar os danos suportados pela coletividade, de modo que as indenizações judiciais tornam-se ínfimas perto dos lucros obtidos pelas grandes corporações, sendo insuficientes para a prevenção de condutas lesivas.

Deste modo, defendeu-se a necessidade de reconhecimento do dano social como nova espécie de dano ressarcível. Os danos sociais constituem-se em lesões à coletividade ou a um

grupo de direito difuso, sendo a sua reparação ou compensação destinada não ao autor do processo em sua individualidade, mas à coletividade ou grupo afetado, de modo que a indenização é voltada para uma entidade ou instituição que atenda aos interesses sociais em jogo.

Demonstrou-se que, pelo critério de eficiência de Kaldor-Hicks, o reconhecimento do dano social como espécie de dano ressarcível consiste em uma mudança eficiente do sistema de responsabilização civil. Isto porque, embora implique a elevação dos riscos experimentados pelos grandes fornecedores, o aludido instituto tem o condão fortalecer a segurança dos consumidores no que concerne à contratação de produtos ou serviços, proporcionando maior dinamicidade ao mercado e amplificando o bem-estar social.

Tecidas as considerações preambulares sobre a eficiência da ressarcibilidade dos danos sociais, realizou-se um aprofundamento acerca da aplicabilidade do referido instituto. Asseverou-se que a indenização por danos sociais é, ao mesmo tempo, um instituto de direito material, decorrente da responsabilidade civil (art. 6º, VI, do CDC), e um instituto de direito processual, enquanto mecanismo de efetivação da decisão judicial (art. 139, IV, do CPC), isto é, enquanto meio de coerção indireta.

Quanto a legitimidade para pleitear a indenização por danos sociais, concluiu-se haver fundamento para a ressarcibilidade dos danos sociais através de ações individuais, com base no art. 83 do CDC, bem como para a condenação, de ofício, ao pagamento de indenização por danos sociais, porquanto as normas consumeristas foram elevadas pelo Código de Defesa do Consumidor a normas de ordem pública e de interesse social.

A identificação das demandas predatórias e mensuração dos danos sociais é possível através dos Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas de Massa, estrutura proposta pelo Conselho Nacional de Justiça, voltada para a coleta e exame de dados relacionados aos conflitos repetitivos, que visa, entre outras coisas, apurar o montante global do prejuízo imposto à sociedade e o valor embolsado pelos litigantes habituais com as reiteradas violações, orientando o magistrado na quantificação da indenização.

Por fim, concluiu-se que a aplicação da indenização por danos sociais, com a verificação do preenchimento dos seus requisitos, a orientação de sua mensuração através dos dados fornecidos pelos Centros de Inteligência e Monitoramento de Demandas em Massa e o exame de sua eficiência por meio da Análise Econômica do Direito, conduz à adjudicação pragmática nas demandas predatórias, tendo em vista que a decisão judicial é engendrada com base em

fatos e informações concretas e porque consiste na alternativa que apresenta as melhores consequências sistêmicas e de longo prazo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Justiça: acesso e descesso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4078>>. Acesso em: 07 fev. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. p. 190. Apud: ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário**. 2014. 193 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. IN: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Leonardo Garcia. Conceito e função econômica da empresa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 202, abr./jun. 2014.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. 450 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

BELO, Duína Porto. A razoável duração do processo como instrumento de acesso à justiça. **Revista Direito e Desenvolvimento**, ano 1, n. 2, 2010.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo**. 2010. 217 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BICUDO, Juliana Moraes. A atividade regulatória e a concentração de demandas no Poder Judiciário. In: MORAES, Vânia Cardoso Andrade de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016.

BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, jan./abr. 2016.

BUTLER, Brian E. Legal pragmatism: banal or beneficial as a jurisprudential position? **Essays in Philosophy**, v. 3, art. 14, 2002.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 22, 2008.

CAMPOS, Mauro Macedo; BORSANI, Hugo; AZEVEDO, Nilo Lima de. Méritos e limites da teoria da escolha racional como ferramenta de interpretação do comportamento social e político. **Ciências Sociais Unisinos**, vol. 52, núm. 1, jan./abr. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, out. 1960.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2012. p. 74-75. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **100 Maiores Litigantes**. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade**: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat\\_estudo\\_comp\\_inter.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 148 de 5 de novembro de 2015**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/portaria-n148-05-11-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/portaria-n148-05-11-2015-presidencia.pdf)>. Acesso em: 22 mar. 2018.

DAASTÖL, Arno Mong. Friedrich List (1789-1846). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

DAKOLIAS, Maria. **Documento Técnico número 319**. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para uma reforma. 1996. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2018.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Número especial em memória do Prof. Washington Peluso, 2013.

DOWIE, Mark. **Pinto Madness**. Mother Jones, set./out. de 1977. Disponível em: <<https://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness/>>. Acesso em 02 fev. 2018.

DRECHSLER, Wolfgang. Christian Wolff (1679-1754). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 745-750. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

FARIELLO, Luiza. **Selo Justiça em Números passa a ser obrigatório aos tribunais**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85015-selo-justica-em-numeros-passa-a-ser-obrigatorio-aos-tribunais/>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo antiteórico de Richard Allen Posner. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, v. 17, 2015.

FISHER, Talia. Economic Analysis of Criminal Law. In: DUBBER, Markus; HORNLE, Tatjana (eds.). **Oxford University Handbook of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, New York, n. 9, 1974.

GARCIA, Fernando. Texto introdutório do livro: PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

HAMZEHZADEH, Bahaar. Repeat Player vs. One-Shoter: Is Victory all that Obvious. **Hastings Business Law Journal**, v. 6, n. 1. 2010.

LANA, Henrique Avelino R. P.; PATROCÍNIO, Daniel Moreira. Imperiosa reflexão mediante Análise Econômica do Direito - Law And Economics: dano eficiente nas relações de consumo. **Revista da PUC MINAS**. VirtuaJus (PUCMG), v. 9, 2011.

LEGGETT, Christopher. **The Ford Pinto Case**: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument. Law & Valuation, 1999. Disponível em: <<https://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 01 fev. 2018



LEMOS, Alan. **Falhas de mercado, intervenção governamental e a teoria econômica do Direito**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28656-28674-1-PB.pdf>>. Acessado em 26 fev. 2018.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014

MARINHO, João Henrique de Brito. **Os danos sociais e a atuação do Judiciário na concretização da função social da responsabilidade civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 26 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55737>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

MEIRELES, Fernando. Teoria da Escolha Racional: Limites e Alcances Explicativos. **Caos – Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, n. 22, dez. 2012.

NIED, Paulo Sergio. O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade. In: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

PARISI, Francesco; FREZZA, Giampaolo. Augusto Graziani (1865–1938). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

\_\_\_\_\_.; \_\_\_\_\_. Cesare Beccaria (1738-1794). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., 475-488. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

PEUKERT, Helge. Adam Smith (1723-90). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). **The Elgar Companion to Law and Economics**. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do trabalho após a Emenda constitucional n 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 32, n. 62, jul./dez. 2000.

PLANT, Arnold. The Economic Theory Concerning Patents for Inventions. **Economica**, v. 1, fev. 1934.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

- \_\_\_\_\_. Pragmatismo, direito e política. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 62, 2002,
- POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: FCE, 2007.
- \_\_\_\_\_. What has pragmatism to offer Law?. **Southern California Law Review**, v. 63, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. Volume 3. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROWLEY, Charles K. Public Choice and the Economic Analysis of Law. In: MERCURO, Nicholas (ed.). **Law and Economics**, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 6-7. Disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30)>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- SCHREIBER, Anderson. As novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, nº 22, ano 13, 2005, Padma, Rio de Janeiro.
- SCHWARTZ JÚNIOR, Cherubin Helcias. **Aplicabilidade do princípio constitucional da eficiência à atividade jurisdicional: reflexões acerca do fenômeno da judicialização e da agenda da celeridade**. 2011. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.
- SCOTON, Luis Eduardo Brito. Análise Econômica do Direito do Consumidor: o Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 5, 2011.
- SILVEIRA NETO, Antônio. Conflitos de massa e gestão dos processos judiciais. In: MORAES, Vânia Cardoso Andrade de (Coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Seção. Reclamação nº 13200 GO (2013/0197835-7). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 08/10/2014. Data de Publicação: DJe 14/11/2014.
- \_\_\_\_\_. Segunda Seção. Reclamação nº 12062 GO (2013/0090064-6). Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 12/11/2014. Data de Publicação: DJe 20/11/2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Quinta Vara Cível da Circunscrição Especial de Brasília. Proc. nº 2011.01.1.165269-6. Juíza prolatora da sentença: Lucimeire Maria da Silva. Data do julgamento: 24/07/2013. Disponível em: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=63&CDNUPROC=20110111652696>. Acesso em: 23 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma Cível. Apelação Cível nº 20110111652696. Relator: Sérgio Rocha. Revisora: Leila Arlanch. Data de Julgamento: 17/06/2015. Data de Publicação: DJE 07/08/2015, p. 179.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Jales. Proc. nº 1507/2013. Juiz prolator da sentença: Fernando Antônio de Lima. Data do julgamento: 10/10/2013. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=53862>. Acesso em: 13 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Quarta Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 0027158-41.2010.8.26.0564. Relator: Teixeira Leite. Data de Julgamento: 18/07/2013. Data de Publicação: DJ 19/07/2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Terceira Turma Recursal Cível. Recurso Cível Nº 71001249796 RS. Relator: Eugênio Facchini Neto. Data de Julgamento: 27/03/2007. Data de Publicação: DJ 16/04/2007.

VAZ, Maurício Seraphim. Indenização punitiva como instrumento de acesso à justiça. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.